

Die Prokura nach schweizerischem Recht

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

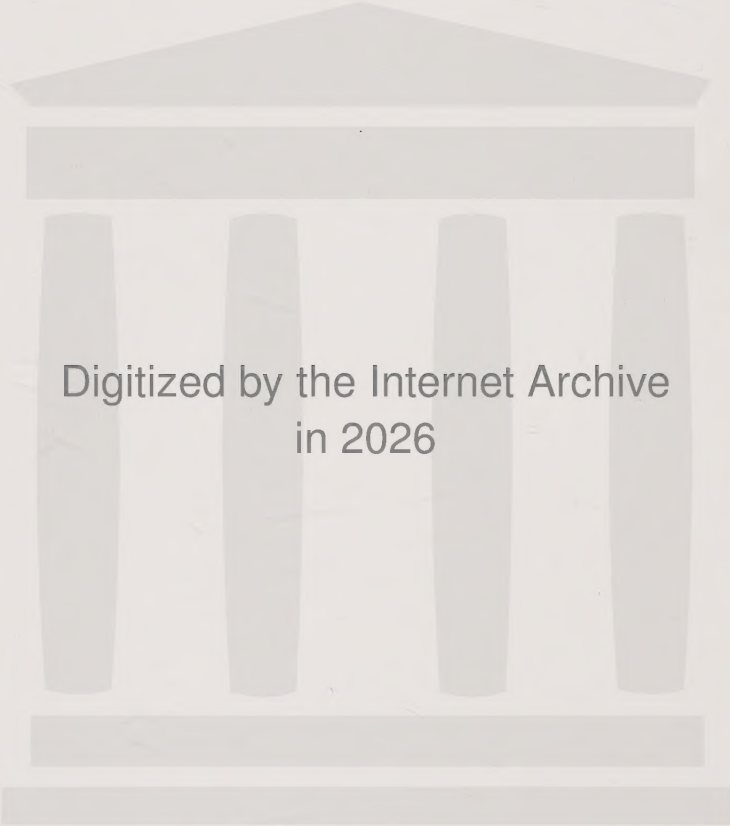
Hans Peter Knoepfel

von Speicher AR

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Buchdruckerei Keller Aarau, 1954

Die Prokura nach schweizerischem Recht



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Prokura nach schweizerischem Recht

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
Hans Peter Knoepfel
von Speicher AR

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 8. Mai 1954

Der Dekan:
Prof. Dr. H. Nef



Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	5
Literaturverzeichnis	7
<i>1. Kapitel: Begriff und Wesen der Prokura</i>	10
§ 1 Die Prokura im Rahmen der Stellvertretung	10
I. Wesen und Begriff der Prokura	10
II. Die Abgrenzung der Prokura gegenüber der Handlungsvollmacht	12
<i>2. Kapitel: Die Voraussetzungen und die Entstehung der Prokura</i>	17
§ 2 Wer kann die Prokura erteilen?	17
I. Die kaufmännische Prokura	17
II. Die Erteilung der nicht kaufmännischen Prokura	28
§ 3 Wer kann Prokurist sein?	28
I. Die allgemeinen Voraussetzungen	28
II. Juristische und natürliche Personen	29
III. Der Prinzipal oder Personen, die in prinzipalähnlicher Stellung sind	29
IV. Spezielle Personen als Prokuristen	34
§ 4 Die Erteilung der Prokura	34
I. Die kaufmännische Prokura	34
II. Die Erteilung der nicht kaufmännischen Prokura	37
§ 5 Der Handelsregistereintrag	37
I. Zweck	37
II. Die Anmeldung	38
III. Die Anmeldung von Veränderungen	38
IV. Die Kognitionspflicht des Handelsregisterführers	38
V. Die Wirkungen der Eintragung	39
<i>3. Kapitel: Die Ausübung der Prokura</i>	42
§ 6 Ausübung und Zeichnung	42
I. Allgemeines	42
II. Schriftliche Ausübung, Art der Zeichnung	43
III. Die Wirkungen der Prokura	48

<i>4. Kapitel: Umfang und Beschränkung der Prokura</i>	49
§ 7 Der Umfang der Prokura	49
I. Allgemeines	49
II. Einzelne Rechtshandlungen, die in den Bereich der Prokura fallen	50
III. Die der Prokura entzogenen Geschäfte und Rechtshandlungen	54
§ 8 Die Beschränkbarkeit der Prokura	59
I. Allgemeines	59
II. Beschränkungen nach außen	59
III. Beschränkungen der Prokura nach innen	60
IV. Scheinbare Ausnahmen	61
§ 9 Die Kollektivprokura	61
I. Wesen und Zweck	61
II. Die Erteilung der Kollektivprokura	62
III. Arten	62
IV. Ausübung	65
§ 10 Die Filialprokura	69
<i>5. Kapitel: Das Konkurrenzverbot</i>	71
§ 11 Das Konkurrenzverbot	71
I. Allgemeines	71
II. Wer ist dem Konkurrenzverbot unterworfen?	71
III. Umfang des Konkurrenzverbotes	72
IV. Dauer und Erlöschen	72
V. Folgen der Übertretung	73
<i>6. Kapitel: Das Erlöschen der Prokura und seine Wirkung</i>	74
§ 12 Das Erlöschen der Prokura	74
I. Allgemeines	74
II. Die Erlöschungsgründe	74
III. Besondere Tatbestände, die die Prokura nicht erlöschen lassen	79
IV. Das Erlöschen der Kollektivprokura	79
§ 13 Der Eintrag der Löschung ins Handelsregister und seine Wirkung	80
I. Die Eintragungspflicht	80
II. Wirkungen der Eintragung	81
Lebenslauf	83

Literaturverzeichnis

- Albert, Paul Viktor:* Die rechtliche Stellung des für einen Mündel bestellten Prokuristen (Diss. Leipzig 1907)
- Assmann, Erich:* Die Gesamtprokura (Diss. Leipzig 1910)
- Baumberg-Duden in Beck'sche Kurz-Kommentare, Handelsgesetzbuch IX (München und Berlin 1951) = Beck'sche K.K.
- Beck, Emil:* Kommentar zum neuen Bürgschaftsrecht (Zürich 1942)
- Becker, H.:* Kommentar zum OR II Abt. (Bern 1934)
- Blätter für handelsgerichtliche Entscheidungen (Zürich) = BIHE
- Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich) = BIZR
- Brutschin, Ernst:* Die Vollmacht des Handelsreisenden (Diss. Zürich 1933)
- Calmon, Curt:* Die rechtliche Stellung des Prokuristen im Immobilienverkehr (Diss. Heidelberg 1906)
- Cosack, Konrad:* Lehrbuch des Handelsrechts (7. A. Stuttgart 1910)
- Couchepin, René:* Praxis des Bundesgerichts in Handelsregistersachen (Zürich 1946)
- Denzler, Oskar:* Die Stellung der Filiale im internationalen und internen Privatrecht (Diss. Zürich 1903)
- Düringer-Hachenburg:* Kommentar zum HGB (3. A. Mannheim-Berlin-Leipzig 1930)
- Egger:* Kommentar zum Personenrecht (2. A. Zürich 1930)
- Escher:* Kommentar zum Erbrecht Bd. III 1 (2. A. Zürich 1943)
Bd. III 2 (2. A. Zürich 1937)
- Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen = RGZ
- Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung, vier Teile (Lausanne) = BGE
- Guhl, Theo:* Das schweizerische OR (4. A. Zürich 1948)
- Haftner:* Kommentar zum Personenrecht (2. A. Bern 1919)
- Hartmann:* Kommentar zum OR Bd. VII 1 (Bern 1940)
- Heyer, Karl:* Die Prokura im Aktiengesellschaftsrecht (Diss. Greifswald 1912)
- His, E.:* Kommentar zum Handelsregister- und Firmenrecht (Bern 1940)

- Hodler, Ernst*: Der Widerruf nach schweizerischem OR, verglichen mit dem deutschen Recht (Diss. Bern 1909)
- Jaquerod-v. Steiger*: Eintragungsmuster für das Handelsregister (Zürich 1943)
- Janggen/Becker*: Kommentar zum OR Bd. VII 3 (Bern 1939)
- Juristische Wochenschrift (Leipzig und Berlin) = JW
- Klein, Otto*: Die Vollmacht des Prokuristen und die Gesamtvertretung der §§ 125 Abs. 3, 232 Abs. 2 H. G. Bs. (Diss. Leipzig 1907)
- Laband*: Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allg. deutschen Handelsgesetzbuch, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht X (Erlangen 1866)
- Lehmann*: Lehrbuch des Handelsrechts (3. A. Berlin-Leipzig 1921)
- Moser, R.*: Einzelinteresse und Verkehrsschutz bei internationaler Betrachtung der gewillkürten Stellvertretung, in Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Handels-Hochschule St. Gallen (St. Gallen 1949)
- Neumann, Karl Friedrich*: Gesamtprokura und kombinierte Vertretung (Diss. Heidelberg 1910)
- Oser/Schönenberger*: Kommentar zum OR Bd. I 1 (2. A. Zürich 1929) = Oser
Bd. V 3 (2. A. Zürich 1945) = Oser/Schönenberger
- Peucker, Gerhard*: Besonderheiten hinsichtlich der Erteilung der Prokura durch die Aktiengesellschaft (Diss. Breslau 1910)
- Pfeffer, Heinz*: Das Erlöschen der Prokura (Diss. Köln 1935)
- Pinösch, John*: Die rechtliche Stellung des Liquidators einer Kollektiv- und Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht. (Diss. Zürich 1936)
- Plangg, Karl*: Die rechtlichen Wirkungen der Eintragungen ins Handelsregister nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1922)
- Die Praxis des Schweiz. Bundsegerichts (Basel) = Pra
- Repertorio die Giurisprudenza Patria (Bellinzona) = Rep
- Riezler*: Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und Vertretenen, in Archiv für die civilistische Praxis 98 (Tübingen 1906)
- Ruppert, Werner*: Die Prokura in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts (Diss. Köln 1933)
- Schmid, Leo*: Unterschriftswesen im schweiz. Privatrecht (Diss. Zürich 1930)
- Die schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich) = AG

Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich) = SJZ
 Schweizerische juristische Kartothek = SJK
 Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil) = ZGBR
Schucany: Kommentar zum schweiz. Aktienrecht (Zürich 1940)
 La Semaine Judiciaire (Genève) = Semjud
Siegwart, A.: Kommentar zum OR 4. Teil (Zürich 1938)
Springer, Jakob: Die Kollektivvertretung auf Grund des schweiz. Bundeszivilprozesses (Diss. Zürich 1926)
Staub: Kommentar zum HGB I (12. und 13. A. Berlin und Leipzig 1926)
v. Steiger, F.: Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz (Zürich 1946)
Thalmessinger, Charlotte: Beiträge zur Lehre von der Vollmacht (Diss. Zürich 1931)
Thöl, Heinrich: Das Handelsrecht Bd. I (Leipzig 1918)
Thomas, Walter: Die Vollmacht des Prokuristen (Diss. Leipzig 1906)
Tietze, Heinrich: Das kaufmännische Hilfspersonal, in Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd. II (Leipzig 1918)
v. Thur-Siegwart: Allgemeiner Teil des schweizerischen OR (2. A. Zürich 1942)
Tuor, P.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch (5. A. Zürich 1950)
 Vierteljahrsschrift für Aargauische Rechtsprechung (Aarau) = VAargR
Vogel, Jakob: Die Prokura nach deutschem, schweizerischem und französischem Recht (Diss. Bern 1903)
Wagner, Karl: Die Handlungsvollmacht nach Art. 462 OR (Diss. Zürich 1945)
Wannieck, Eckehardt: Die Prokura im deutschen und schweizerischen Recht (Diss. Erlangen 1928)
Weiß, G.: Sammlung eidg. und kant. Entscheidungen zum schweiz. ZGB und OR: OR bes. Teil III/2 (Zürich 1928)
Wieland: Handelsrecht Bd. I (München-Leipzig 1921)
v. Wunsch, Hans: Die Filialprokura des neuen Handelsgesetzbuches (Diss. Leipzig 1908)
 Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern) = ZBJV
 Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel) = ZSR

1. Kapitel

Begriff und Wesen der Prokura

§ 1 Die Prokura im Rahmen der Stellvertretung

I. Wesen und Begriff der Prokura

Im modernen Geschäftsverkehr und beim rapiden Zunehmen seines Umfangs wird es dem Geschäftsherrn meist unmöglich, den Betrieb nach außen allein zu vertreten, alle Geschäfte selber abzuschließen und sämtliche Anordnungen selber zu treffen. Der Prinzipal wird daher Vertreter bestellen. Um rechtswirksam handeln zu können, bedürfen diese einer Vollmacht. Den Inhalt dieser Vollmacht bestimmt der Prinzipal je nach dem Aufgabenkreis des Vertreters. Der Umfang der Vertretungsbefugnis ist also vom Willen des Prinzipals abhängig und kann enger oder weiter sein, nur zum Abschluß einer einzigen Handlung berechtigen oder für alle im Geschäft vorkommenden Handlungen gelten. In Großbetrieben zumal muß ein Vertreter, um den Geschäftsherrn entlasten zu können, berechtigt sein, möglichst viele Handlungen für ihn auszuführen; denn nur so wird ein rascher und reibungsloser Geschäftsgang garantiert.

Auch der Geschäftspartner hat ein großes Interesse an einem möglichst weiten Umfang der Vertretungsbefugnis. Für ihn ist es wichtig, daß er auch in Abwesenheit des Prinzipals mit dem Vertreter Geschäfte abschließen kann in der Gewißheit, daß sie ebenso gelten, wie wenn sie mit dem Geschäftsherrn selber abgeschlossen worden wären. Der Kontrahierende will nicht das Risiko laufen, daß der Prinzipal nachher wegen Überschreitung der Vollmacht durch den Vertreter die Verbindlichkeit des Geschäftes bestreitet. Daher sollte der Geschäftspartner die Abschlußkompetenz und den Umfang der Vertretungsbefugnis des Vertreters im voraus kennen. Aus diesen Gründen geht das Bestreben dahin, neben den Geschäftsherrn Personen zu stellen, die die annähernd gleiche Kompetenz besitzen. Sie müssen ein gewisses Maß von Vertretungsbefugnis haben und der Dritte muß genau deren Umfang kennen. Die Institution, die wohl am ehesten diesen Anforderungen entspricht, ist die der *Prokura*.

Die Prokura wird im Gesetz in OR 458 ff. geregelt. Eine ausdrückliche Definition gibt das Gesetz jedoch nicht und man ist gezwungen, sie aus den in der Prokura an verschiedenen Stellen zu Tage tretenden Wesensmerkmalen herzuleiten.

OR 458 lautet: «Wer vom Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt ist, für ihn das Gewerbe zu betreiben und ‚per procura‘ die Firma zu zeichnen, ist Prokurist.»

1. Die Prokura ist eine Vollmacht. Damit folgt sie den allgemeinen Grundsätzen über Vollmachten. Sie wird vom Inhaber oder seinem gesetzlichen Vertreter erteilt, sie ist also in ihrem Bestande auf den Willen des Geschäftsherrn zurückzuführen und leitet sich somit nicht direkt aus dem Gesetz ab, ist nicht die gesetzliche ¹⁾, sondern die *gewillkürte* ²⁾, *direkte Vertretung*. Spezielle Vorschriften vorbehalten, gelangen daher die allgemeinen Regeln über die Stellvertretung, OR 32 ff., zur Anwendung.

2. Sie ist eine *abstrakte Vollmacht*. Dies bedeutet, daß sie unabhängig von einem ihr evtl. zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis (Dienstvertrag, Auftrag) besteht. Falls der Prokurist jedoch in einem solchen zum Prinzipal steht, so berührt die Ungültigkeit des Dienstverhältnisses die Prokura nicht. Auch kann sie nach der Kündigung des Dienstverhältnisses weiter bestehen.

3. Die Prokura ist eine *besondere Art der Vollmacht*. Sie wurde speziell für die Bedürfnisse des Handelsverkehrs geschaffen. Der Kaufmann soll einen «alter ego» ³⁾ neben sich haben. Da die Schweiz kein spezielles Handelsrecht nur für Kaufleute, wie z. B. Deutschland, hat, gelten diese Bestimmungen des OR für Kaufleute und andere Personen, so daß auch letztere einen Prokuristen bestellen können. Die Prokura ist im Gegensatz zum deutschen Recht ⁴⁾ eine Vollmacht für jedermann. Obschon das Institut der Prokura auf den Handelsverkehr zugeschnitten ist, trägt es nicht ausschließlich kaufmännischen Charakter.

4. Der Umfang der Prokura ist im Gesetz genau umschrieben. Bei Dritten kann somit keine Unklarheit über die Kompetenzen des Prokuristen bestehen.

5. Der Inhalt der Prokura ist ein für alle Mal festgelegt und kann durch den Geschäftsinhaber gutgläubigen Dritten gegenüber nicht beschränkt werden. Dies ist das bedeutendste Merkmal der Prokura: Ihre Unbeschränkbarkeit. Jeder, der mit einem Prokuristen ein Geschäft abschließt, weiß zum vorneherein, in welchem Umfang der Vertreter zum Abschluß berechtigt ist. Er braucht sich nicht um evtl. Beschränkungen

¹⁾ RGZ 66.244.

²⁾ Die Prokura ist unter der Abteilung «Die einzelnen Vertragsverhältnisse» aufgeführt. Dies ist eine Reminiszenz der früheren Auffassung: Vollmacht und Auftrag bilden eine Einheit. Zu diesem Problem: Laband 188 ff., Thalmessinger 5; Curtius im Archiv für civilistische Praxis 58, 69 ff. 1875.

³⁾ Thöl 181 charakterisiert mit diesem Ausdruck den Prokuristen.

⁴⁾ HGB 41 I.

zu kümmern, die dem Prokuristen vom Geschäftsherrn intern auferlegt worden sind.

6. Die Prokura ist jederzeit widerruflich; sie ist ins Handelsregister einzutragen.

Aus diesen Merkmalen läßt sich eine Definition der Prokura ableiten:

Die Prokura ist eine abstrakte Vollmacht, die von Kaufleuten und Nichtkaufleuten erteilt werden kann, ihr Umfang ist im Gesetz genau umschrieben und kann gegenüber gutgläubigen Dritten nicht beschränkt⁵⁾ werden.

II. Die Abgrenzung der Prokura gegenüber der Handlungsvollmacht

Es ist nötig, näher auf das Institut der Handlungsvollmacht einzugehen, um eine Abgrenzung der Prokura gegenüber der Handlungsvollmacht zu finden. Gemäß OR 462 ist Handlungsbevollmächtigter derjenige, der vom Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes zum Betriebe des ganzen Gewerbes oder zu bestimmten Geschäften in seinem Gewerbe als Vertreter bestellt worden ist. Seine Vollmacht erstreckt sich damit auf alle Rechtshandlungen, die der Betrieb eines solchen Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

Danach ergibt sich:

1. Ein Vertreter muß bevollmächtigt werden. Die Bevollmächtigung hat — gleich wie bei der Vertretung von OR 32 ff. — gegenüber dem Bevollmächtigten zu erfolgen und kann ausdrücklich erklärt oder stillschweigend gewährt werden.

2. Für den Umfang der Handlungsvollmacht ist in erster Linie der Wille des Geschäftsherrn maßgebend. Die gesetzlichen Ausführungen, daß die Handlungsvollmacht entweder zum Betriebe des ganzen Gewerbes (Generalhandlungsvollmacht), oder nur zu gewissen Geschäften innerhalb des Gewerbes (Spezialhandlungsvollmacht) berechtigt, gelten nur subsidiär.

Die *Generalhandlungsvollmacht* ermächtigt den Handlungsbevollmächtigten, alle Handlungen vorzunehmen, die *gewöhnlich* im Betriebe des Geschäftsherrn vorzukommen pflegen. Maßgebend ist das, was in ähnlichen Betrieben üblich ist und was die kaufmännischen Usancen fordern. Im Gegensatz zum Prokuristen ist dem Handlungsbevollmächtigten also die Vornahme *außergewöhnlicher* Handlungen untersagt, sie seien ihm denn vom Geschäftsherrn ausdrücklich übertragen worden.

⁵⁾ Kollektiv- und Filialprokura sind keine Beschränkungen, zu dieser Frage vgl. S. 61 der Arbeit.

Bei der *Spezialhandlungsvollmacht* ist der Handlungsbevollmächtigte nur zu jener Gruppe von Rechtshandlungen ermächtigt, mit denen er betraut ist, und die zu seinem Aufgabenkreis gehören. Dabei hat seine Stellung innerhalb des Geschäftes als Maßstab zu gelten ⁶⁾.

Nicht in den Aufgabenkreis des Handlungsbevollmächtigten gehören ⁷⁾:

- a) Das Eingehen von Wechselverpflichtungen (Handlungen innerhalb des Wechselverkehrs, die keine wechselrechtlichen Verbindlichkeiten begründen, fallen nicht darunter).
- b) Die Aufnahme von Darlehen (erlaubt ist aber die übliche Inanspruchnahme des Bankkredits).
- c) Das Führen von Prozessen (nicht darunter fallen Vergleiche und Schiedsverträge).

Zur Vornahme dieser Geschäfte bedarf der Handlungsbevollmächtigte einer besonderen Ermächtigung vom Prinzipal. Verfügungen über Grundstücke und die Eingehung von Bürgschaften sind unter diesen Beschränkungen nicht aufgeführt. Diese fallen jedoch ohnehin aus dem Rahmen der Handlungsvollmacht, da sie nicht zu den Geschäften zählen, die gewöhnlich vorkommen, und daher einer speziellen Ermächtigung des Prinzipals bedürfen ⁸⁾.

Der Prinzipal kann also den Umfang der Handlungsvollmacht im Gegensatz zur Prokura beliebig erweitern oder einschränken, nur muß der Dritte davon benachrichtigt werden. Der Geschäftsherr muß seine Bekanntmachungen so gegen sich gelten lassen, «wie sie der Dritte vernünftigerweise hat verstehen dürfen» ⁹⁾.

3. Eine Handlungsvollmacht kann nur vom Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes bestellt werden. Im Gegensatz zur Prokura kann hier ein Privatmann für seine privaten Bedürfnisse keinen Handlungsbevollmächtigten ernennen. Ernennungsberechtigt ist somit einmal jedermann, der nach HRV 52 *eintragungspflichtig* ist. Wer betreibt nun ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art betriebenes Gewerbe?

a) Ein Gewerbe betreibt, wer eine auf dauernden Erwerb gerichtete, organisierte, wirtschaftliche Tätigkeit ausübt ¹⁰⁾.

b) Bei einem Handelsgewerbe besteht die Erwerbstätigkeit im Handel, d. h. im gewerbsmäßigen Umsatz von Grundstücken oder Waren, wobei die Güter in nicht wesentlich veränderter Form zum Wiederver-

⁶⁾ SJK 505 III.

⁷⁾ Vgl. hierüber die eingehende Behandlung bei Wagner 35 ff.

⁸⁾ Wagner 35.

⁹⁾ Oser/Schönenberger Art. 462 N 10.

¹⁰⁾ Die Verwaltung eigenen Vermögens ist nach BGE 70 I 25 kein Gewerbe.

kauf gelangen. Unter Handelsgewerbe werden aufgeführt ¹¹⁾: der Erwerb von unbeweglichen und beweglichen Sachen und deren Wiederveräußerung (davon ist der Hausiererhandel ausgenommen) ¹²⁾, der Betrieb von Geld-, Wechsel-, Effekten-, Börsen- und Inkassogeschäften, die Tätigkeit des Kommissionärs, Agenten oder Maklers, die Treuhand- und Sachwaltergeschäfte, die Beförderung von Personen und Gütern und die Lagerung von Handelsware, die Vermittlung von Nachrichten und die Auskunftserteilung, die Versicherungsunternehmungen und die Verlagsgeschäfte. Richtigerweise zählt das Bundesgericht ¹³⁾ auch Hotels, Pensionen und Gaststätten unter die Handelsgewerbe, soweit ihr Hauptzweck im Restaurationsbetrieb liegt. Beherbergen sie hauptsächlich Gäste, so fallen sie unter die nach anderer kaufmännischer Art geführten Gewerbe, HRV 53 lit. C.

Eintragungspflichtig sind diese Handelsgewerbe nur, wenn die jährliche Roheinnahme in den letzten 12 Monaten Fr. 25 000.— betragen hat. Führt der Inhaber noch einen anderen Betrieb, so sind beide jährliche Roheinnahmen zusammenzurechnen, auch wenn an und für sich ein Gewerbe allein nicht eintragungspflichtig wäre ¹⁴⁾; denn der Besitzer haftet mit seinem Vermögen den Gläubigern des einen, wie des andern Handelsgewerbes.

c) Fabrikationsgewerbe sind Gewerbe, die durch Bearbeitung von Rohstoffen oder andern Waren mit Hilfe von Maschinen oder andern technischen Hilfsmitteln neue oder veredelte Erzeugnisse herstellen. Auch hier ist Voraussetzung eine jährliche Roheinnahme von Fr. 25 000.— ¹⁵⁾.

Begrifflich würden auch die Handwerksbetriebe unter diese Kategorie fallen. Der Gesetzgeber ¹⁶⁾ will aber unter Fabrikationsgewerbe nur Großbetriebe verstehen und verweist das Handwerk in die Kategorie der andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe. Diese Lösung scheint mir richtig, da hier doch nur Industriebetriebe gemeint sind, die einen gewissen Umfang haben. Das Handwerk beschränkt sich eher auf Einzelanfertigung und die manuelle Herstellung der Güter erfolgt meist nicht serienmäßig, im Gegensatz zur maschinellen Massenproduktion gewisser Fabrikbetriebe. Der Handwerksbetrieb ist auch in vermehrtem Maße von der Arbeit und der Person des Inhabers abhängig.

Eine klare Trennung zwischen Handels- und Fabrikationsgewerbe ist nicht immer möglich, da viele Betriebe beides miteinander verbinden.

d) Zu den andern nach kaufmännischer Art betriebenen Gewerben

¹¹⁾ HRV 53.

¹²⁾ BIZR 41 Nr. 85 S. 199.

¹³⁾ BGE 76 I 147.

¹⁴⁾ HRV 56; BGE 70 I 207.

¹⁵⁾ HRV 53 lit. B.

¹⁶⁾ BGE 76 I 149.

gehören alle diejenigen, die nicht Handels- oder Fabrikationsbetriebe sind. Der Umfang des Geschäftes muß jedoch so groß sein, daß ein kaufmännischer Betrieb und eine geordnete Buchführung unumgänglich sind. Zudem muß der jährliche Rohertrag Fr. 25 000.— zum mindesten ausmachen. Nur wenn alle diese drei Voraussetzungen zutreffen, ist der Betrieb eintragungspflichtig. Aus diesem Grunde lehnte das Bundesgericht die Eintragungspflicht einer Käserei ab, weil deren Führung keinen kaufmännischen Betrieb und keine geordnete Buchführung erforderte¹⁷⁾.

Insbesondere fallen unter diese Kategorie Kinos, Hotels, Kursäle, größere Erziehungsheime, Erholungsheime mit angegliederten Landwirtschaftsbetrieben¹⁸⁾ (eine Gewinnabsicht¹⁹⁾ muß nicht unbedingt bestehen) und größere Handwerksbetriebe.

Alle diese Eintragungspflichtigen können für ihren Betrieb einen Handlungsbevollmächtigten ernennen. Neben den Eintragungspflichtigen stehen die *Eintragsberechtigten*, nämlich alle jene, die zum Eintrag nicht verpflichtet sind, und die ein Geschäft oder Gewerbe unter einer Firma betreiben. Meistens handelt es sich hier um kleinere Geschäftsbetriebe, wie Verkaufsläden, kleinere Handelsgeschäfte, Handwerker mit geringem Geschäftsumfang etc. Die Vorteile, die sich aus einem solchen Eintrag ergeben, sind einerseits der verstärkte Firmenschutz und andererseits die größere Kreditfähigkeit. Außerdem unterliegen die Eingetragenen der Wechsel- und Konkursbetreibung.

Es stellt sich nun die Frage, ob auch die zum Eintrag nur Berechtigten eine Handlungsvollmacht erteilen können. Die Praxis gestattet ihnen, einen Handlungsbevollmächtigten zu ernennen. Oser/Schönenberger²⁰⁾ bemerkt hierzu, daß keine Veranlassung bestehe, den Begriff des Handels-, Fabrikations- und eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes allzu eng zu fassen, da die Handlungsvollmacht nicht eingetragen werden muß und somit in keiner Beziehung zum Handelsregister steht.

Auch Wagner ist dieser Ansicht, «denn zweifellos haben die kleineren Gewerbebetriebe ein großes Interesse an der Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten»²¹⁾. Andere Autoren wiederum fassen den Begriff des Handels-, Fabrikations- und eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes sehr eng²²⁾ und gestatten nur den Eintragsverpflichteten die Erteilung einer Handlungsvollmacht²³⁾.

¹⁷⁾ BGE 75 I 78.

¹⁸⁾ BGE 63 I 95.

¹⁹⁾ BGE 63 I 98.

²⁰⁾ Oser/Schönenberger Art. 462 N 4.

²¹⁾ Wagner 8.

²²⁾ Morell, SJZ 30 3/4.

²³⁾ Brutschin 26.

Um dieses Problem sinnvoll zu lösen, sollte man vor allem den Zweck der Handlungsvollmacht berücksichtigen. Sie ist eine typische Vollmacht für den Handelsverkehr. In ihrem Umfang steht sie zwischen der Prokura und der Ermächtigung zu einem einzelnen Geschäft. Der Prokura mit ihrem starren, überaus großen Maß an Vertretungsmacht steht als notwendiger Ausgleich die Handlungsvollmacht gegenüber, eine Vollmacht, deren üblicherweise kleinerer Inhalt vom Geschäftsherrn je nach Bedürfnis eingeschränkt oder erweitert werden kann. Ein Handlungsbevollmächtigter kann den Prinzipal nicht in allen seinen Geschäften vertreten, sondern nur auf Teilgebieten. Eine Handlungsvollmacht ist deshalb vornehmlich dort am Platze, wo der Betrieb in einzelne Abteilungen aufgespalten werden soll, oder wo der Prinzipal wegen des geringen Umfangs des Betriebes keine Vertretung im Rahmen der Prokura nötig hat.

Gerade unter diese letzte Art fällt die große Zahl der Eintragungsberechtigten. Während die Prokura meist in größeren Unternehmungen Anwendung findet, ist die Handlungsvollmacht für die sog. kleineren Gewerbetreibenden vorgesehen. Daher ist auch ein Eintrag der Handlungsvollmacht ins Register nicht möglich, es würde dadurch ungebührlich belastet. Würde man den Eintragungsberechtigten die Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten verweigern, so könnten gerade diejenigen, die in besonderem Maße ein Interesse an diesem Institut haben, das ihren Bedürfnissen auch am ehesten entspricht, dieses nicht benutzen.

4. Der Handlungsbevollmächtigte darf nicht als Prokurist zeichnen, er setzt vor seine Unterschrift «i. V.», «für» oder «per».

2. Kapitel

Die Voraussetzungen und die Entstehung der Prokura

§ 2 Wer kann die Prokura erteilen?

Das Gesetz unterscheidet in OR 458 zwischen einer Prokura, die von Inhabern eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes erteilt wird (kaufmännische Prokura) und einer Prokura, die alle andern Personen erteilen können (nicht kaufmännische Prokura). Der Unterschied dieser beiden Prokuraarten besteht lediglich im Moment ihres Entstehens. Die kaufmännische Prokura entsteht mit der Vollmachterteilung an den Vertreter, die nicht kaufmännische Prokura erst mit dem Handelsregistereintrag.

1. Die kaufmännische Prokura

Prokuristen ernennen können nach OR 458 I alle diejenigen Personen, die *Inhaber* eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes sind. Es können dies natürliche Personen, juristische Personen oder Gesamthandverhältnisse sein.

1. Natürliche Personen

Bei den natürlichen Personen ist die volle Handlungsfähigkeit Voraussetzung. Fehlt diese, so kann die Prokura nur vom gesetzlichen Vertreter erteilt werden, da die von einem Handlungsunfähigen bestellte Prokura nichtig wäre ¹⁾.

Kann die Prokura nur vom Inhaber bestellt werden, so ist folglich der Prokurist in einem Geschäft nicht befugt, seinerseits einen Prokuristen zu ernennen; denn er ist weder Inhaber noch gesetzlicher Vertreter. Oser/Schönenberger ²⁾ gelangt auf einem anderen Wege zum gleichen Resultat. Er begründet seine Ansicht mit der ausgesprochenen Vertrauensstellung, die der Prokurist dank seiner außergewöhnlichen Machtbefugnis inne hat. Hier ließe es sich in der Tat nicht rechtfertigen, daß der Prokurist seinerseits für den Prinzipal ein neues, ebenso großes und weit-

¹⁾ ZGB 12, 13, 14; Brutschin 28.

²⁾ Oser/Schönenberger Art. 458 N 4.

reichendes Vertrauensverhältnis begründen könnte wie das, in dem er selber zu seinem Geschäftsherrn steht, da dies doch meist auf einer persönlichen Bindung zum Vertreter beruht.

OR 458 I bestimmt, daß nur der Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes die kaufmännische Prokura erteilen kann. Darunter fallen einmal alle Geschäftsinhaber, die nach der VO vom 7. Juni 1937 über das Handelsregister (HRV) in den Art. 53/54 *verpflichtet* sind, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen³⁾. Dabei ist es unwesentlich, ob der Vertretene auch wirklich eingetragen ist oder nicht, denn die Voraussetzung der Prokuraerteilung bildet nicht die Tatsache, daß derjenige, der die Prokura erteilt, nicht im Handelsregister eingetragen ist.

Können die *Eintragungsberechtigten* auch eine kaufmännische Prokura erteilen? Nach der Ansicht Oser/Schönenbergers⁴⁾ verleiht die Prokura eine derart weitgehende Vertretungsmacht und ist für den Vollmachtgeber derart folgenswer, daß für Nichteintragungspflichtige, mit Handelsregistereinrichtungen weniger vertraute Geschäftsleute, die Begründung der Prokura zweckmäßig an erschwerte Voraussetzungen, also nach OR 458 an die Eintragung ins Handelsregister, gebunden werden muß. Es scheint dies die richtige Lösung zu sein. Im Vergleich zur Handlungsvollmacht ist der Umfang der Prokura wesentlich größer. Ein Prokurist kann somit seinen Prinzipal in einem weit größeren Maße binden und verpflichten. Damit sich der Dritte über diese weitgehende Vertretungsmacht orientieren, und der Prinzipal sich über die Tragweite ihrer Erteilung Rechenschaft ablegen kann, muß die Prokura im Gegensatz zur Handlungsvollmacht ins Handelsregister eingetragen werden. Wenn im Falle der kaufmännischen Prokura diese schon vor dem Eintrag entsteht, d. h. wenn der Prokurist seinen Geschäftsherrn schon vor dem Eintrag verpflichten kann, so setzt das voraus, daß sich der Prinzipal ganz genau darüber im Klaren ist, was für ein Risiko er eingeht, und welches die Gefahren der Verleihung einer so weitreichenden Vollmacht sind. Diese Kenntnis und Einsicht darf aber nur bei Kaufleuten und Inhabern größerer Betriebe vorausgesetzt werden, d. h. nur bei den Eintragungsberechtigten. Nichteintragungsberechtigte, die im allgemeinen in Rechtsdingen unerfahren sind, bleiben von der Erteilung einer kaufmännischen Prokura ausgeschlossen, denn sie sollen gerade von den Folgen einer unvorsichtigen Ernennung von Prokuristen, die dann ihrer

³⁾ Vgl. S. 13 ff. der Arbeit.

⁴⁾ Oser/Schönenberger Art. 458 N 4; gl. M. Vogel 41 ff. Nach HRV 105 würden nur diejenigen eine nicht kaufmännische Prokura erteilen können, die kein Geschäft oder Gewerbe betreiben. Zu ergänzen ist «kein eintragungspflichtiges Gewerbe oder Geschäft». (Dazu Oser/Schönenberger Art. 458 N 9.)

seits den Vertretenen in einem von ihm vielleicht gar nicht gewollten Maße verpflichten könnten, geschützt werden. Alle diese Eintragungsberechtigten können aber eine nicht kaufmännische Prokura bestellen. Diese entsteht erst mit dem Handelsregistereintrag. Damit werden leichtsinnige Prokuraerteilungen vermieden; das Handelsregister erfüllt somit hier eine gewisse Schutzfunktion.

Bei einer *Einzelfirma* steht die Erteilung einer Prokura dem Geschäftsinhaber oder seinem gesetzlichen Vertreter zu. Geschäftsinhaber können auch Frauen ⁵⁾ und Minderjährige ⁶⁾ sein. Wurde der Ehefrau der Betrieb eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes gestattet, so ist darin auch die Erlaubnis zur Bestellung eines Prokuristen enthalten. Die Führung eines Geschäftes bedingt, daß auch die nötigen Vertreter ernannt werden können.

Als *gesetzliche Vertreter* haben die Möglichkeit zur Erteilung einer Prokura:

- a) Die Träger der elterlichen Gewalt und
- b) der Vormund. Anders als im deutschen ⁷⁾, wird er im schweizerischen Recht die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde nicht brauchen, da diejenigen Geschäfte, die der vormundschaftlichen Genehmigung bedürfen, in ZGB 421 erschöpfend aufgezählt sind ⁸⁾.

Dagegen fehlt diese Berechtigung dem Beistand, sei er Vertretungs- oder Verwaltungsbeistand; er hat eine enger begrenzte Vertretungsmacht als der Vormund und zudem keinen Einfluß auf die Handlungsfähigkeit der verbeistandeten Person. Er kann daher keinen Prokuristen ernennen ⁹⁾.

Dasselbe gilt auch für den Beirat. Will jedoch der Verbeiratete einen Prokuristen ernennen, wird die Zustimmung des Beirates nötig sein.

2. Juristische Personen

Juristische Personen handeln durch ihre Organe. Daher ist die Prokuraerteilung den Organen vorbehalten, und zwar denjenigen, die die Gesellschaft nach außen hin vertreten.

- a) Die AG. Das nach außen zur Vertretung berechtigte Organ ist die Verwaltung. OR 721 III ermächtigt die Verwaltung, Prokuristen zu ernennen, es sei denn, die Statuten sähen eine andere Regelung vor. So

⁵⁾ ZGB 167.

⁶⁾ ZGB 412, Vogel 48.

⁷⁾ Vgl. Albert 9.

⁸⁾ Egger 421 N 5.

⁹⁾ Tuor 260.

können z. B. die Statuten selber einen Prokuristen ernennen¹⁰⁾. Sie können die Generalversammlung damit beauftragen¹¹⁾. Sie können die Bestätigung des durch die Verwaltung ernannten Prokuristen durch eine nachträgliche Generalversammlung fordern. In der Regel aber übertragen die Statuten die Kompetenz zur Prokuraerteilung den nach OR 717 II zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigten Organen, nämlich den Delegierten des Verwaltungsrates oder den Direktoren. Der Katalog der möglichen statutarischen Bestimmungen ließe sich übrigens noch beliebig erweitern. So stünde es z. B. den Statuten frei, ein Organ für die Ernennung von Einzelprokuristen, ein anderes für die Ernennung von Kollektivprokuristen¹²⁾ zu bestimmen. Was die Person des Prokuristen anbetrifft, so können die Statuten darüber ausführliche Bestimmungen enthalten, so über seine Nationalität, seine Bildung oder die Dauer seiner Anstellung.

Eine statutarische Bestimmung, die einen Prokuristen selber ermächtigen würde, einen Prokuristen zu ernennen, wäre ungültig, da ein Prokurist weder seine eigene Prokura übertragen, noch eine neue bestellen kann¹³⁾.

Ebensowenig können die Statuten die Kontrollstelle beauftragen, Prokuristen zu ernennen¹⁴⁾. Die Kontrollstelle hat nur eine beschränkte Funktion und ist zur Vertretung der Gesellschaft nach außen nicht ermächtigt. Auch nach OR 731 I wäre eine solche Bestimmung unmöglich, da der Kontrollstelle keine Aufgaben der Verwaltung zugewiesen werden dürfen.

b) Dieselben Vorschriften gelten auch für die *Kommandit AG.*, mit der Einschränkung, daß die zur Ernennung zuständige Verwaltung nur aus den unbeschränkt haftenden Mitgliedern bestehen darf¹⁵⁾.

c) *G.m.b.H.* Wenn die Statuten nichts anderes bestimmen, steht die Ernennung von Prokuristen der Gesellschafterversammlung zu (OR 816)¹⁶⁾. Nach der Meinung Janggen/Beckers¹⁷⁾ hat aber diese Bestimmung nur interne Bedeutung, weil OR 458 ff. auch für die *G.m.b.H.* gelten und daher auch ein Geschäftsführer, der durch die Statuten nicht dazu ermächtigt wurde, eine Prokura erteilen kann — allerdings auf die

¹⁰⁾ Ein Fall, der wahrscheinlich nie vorkommt; Thöl 516.

¹¹⁾ AG 20 199.

¹²⁾ Über Kollektivprokura vgl. S. 61 der Arbeit.

¹³⁾ Über die Unmöglichkeit eines Prokuristen, selber einen Prokuristen zu ernennen oder die Prokura zu übertragen vgl. S. 17 der Arbeit. Dazu Oser/Schönenberger Art. 458 N 18, Art. 459 N 9; Tietze 928; RGZ 120 302.

¹⁴⁾ a. A. Peucker 27 und dort zit. Lit.

¹⁵⁾ OR 765.

¹⁶⁾ OR 810, 808, 816.

¹⁷⁾ Jangger/Becker Art. 810 N 14; für das deutsche Recht vgl. RGZ 75 165 ff.

Gefahr hin, daß er durch sein Handeln der Gesellschaft gegenüber schadenersatzpflichtig wird. Dieser Ansicht kann kaum beigestimmt werden, denn sonst hätte der Gesetzgeber OR 816 weniger streng gefaßt. Wenn er ausdrücklich sagt, ein Prokurist könne *nur* durch Gesellschafterbeschluß ernannt werden und weiter unten ausführt: «dagegen ist jeder Geschäftsführer zum Widerruf der Prokura berechtigt», so wollte er damit eben gerade den Geschäftsführer vom Recht der Prokuraerteilung ausschließen. Die Statuten können ihn allerdings mit der Ernennung beauftragen, doch ohne eine solche Statutenbestimmung ist jede durch ihn erteilte Prokura nichtig.

d) Bei der *Genossenschaft* ¹⁸⁾ hat gleich wie bei der AG. die Verwaltung die Erteilungsbefugnis, es sei denn, die Statuten sehen eine andere Regelung vor.

e) Auch für den *eingetragenen Verein* ¹⁹⁾ gelten die Vorschriften über die AG. und die Genossenschaft.

3. Gesamthandverhältnisse

Der Wille der Gesamthand wird durch alle Gesamthänder zusammen bestimmt. Jeder Beschluß verlangt Einstimmigkeit, so auch die Ernennung eines Prokuristen. Dagegen kann jeder Gesamthänder einzeln die Prokura widerrufen.

a) Die *Kollektivgesellschaft*. Für das Außenverhältnis können die Prokura und die Handlungsvollmacht zum Betriebe des ganzen Gewerbes nur mit Einwilligung aller zur Vertretung bestimmter Gesellschafter ²⁰⁾ erteilt werden. Die Einwilligung braucht nicht ausdrücklich zu sein, sie kann auch stillschweigend gegeben werden.

Für das Innenverhältnis ist OR 535 III heranzuziehen, wonach alle Gesellschafter ihre Einwilligung geben müssen, also auch die Nichtvertretungsberechtigten. Bestellt ein vertretungsberechtigter Gesellschafter einen Prokuristen ohne Einwilligung der andern, so kann er zu Schadenersatz wegen vertragswidrigem Verhalten angehalten werden. Zudem können die Mitgesellschafter die Löschung der erteilten Vollmacht im Handelsregister erwirken ²¹⁾.

Es ist der Ansicht Fricks ²²⁾ heizupflichten, daß dies eine sehr unglückliche Lösung darstellt, denn in vielen Fällen sind die nicht vertretungsberechtigten Mitglieder nicht mehr im Geschäft tätig ²³⁾. Nur

¹⁸⁾ OR 897, 898.

¹⁹⁾ Egger Art. 69 N 1, N 2; Vogel 52.

²⁰⁾ OR 566.

²¹⁾ Siegwart Art. 566 N 2.

²²⁾ SJZ 17 25.

²³⁾ Ein Vater wandelt das Geschäft in eine Kollektivgesellschaft um und überläßt es den Söhnen.

wenn Gefahr für das Geschäft besteht ²⁴⁾), kann ein Gesellschafter allein handeln. Jedem andern vertretungsberechtigten Gesellschafter steht dann aber nach OR 535 II ein Vetorecht zu.

b) Die Prokurabestellung bei der *Kommanditgesellschaft* erfolgt analog derjenigen der Kollektivgesellschaft durch die unbeschränkt haftenden Gesellschafter ²⁵⁾. Ein Kommanditär ist von der Bestellung eines Prokuristen, wie auch vom Widerruf desselben ausgeschlossen.

c) Gemeinschaften aus ehelichem Güterrecht können bei gegenseitiger Übereinstimmung einen Prokuristen ernennen. Auch einer Prokurabestellung durch Stiftungen steht nichts im Wege. Zuständig ist hier der Stiftungsrat, vorbehältlich anderer Regelung im Stiftungsstatut.

d) Die *Erbengemeinschaft*. Besteht eine Erbengemeinschaft, so steht die Verwaltung der Erbmasse allen Erben gemeinsam zu. Sie umfaßt alle Maßnahmen rechtlicher und tatsächlicher Natur. Wie die Verwaltung der Erbschaft geordnet wird, steht den Erben frei, ja, sie können sogar durch einstimmigen Beschluß einen Vertreter mit dieser Aufgabe beauftragen ²⁶⁾.

Die Erbengemeinschaft muß nicht unbedingt bloß von eng begrenzter Dauer sein. Das Bundesgericht hat in einem grundlegenden Entscheid (BGE 61 II 164) die vertragliche Fortsetzung einer Erbengemeinschaft für eine angemessene Dauer für zulässig erklärt ²⁷⁾. Besonders bei einer solchen fortgesetzten Erbengemeinschaft muß die gemeinsame Verwaltung und das Einholen der Zustimmung jedes einzelnen Erben hemmend wirken. Durch einstimmigen Beschluß werden sie deshalb einen Vertreter bestellen, wobei sie den Umfang der Vertretungsbefugnis nach eigenem Willen festlegen können. Demnach ist es möglich, auch einem Vertreter die gesamte Verwaltung, inklusive Verwertung und Belastung von Grundstücken, zu übertragen. Angesichts dieser Möglichkeit ist nicht einzusehen, warum sie nicht auch einen Prokuristen bestellen könnten.

Auf Antrag eines Erben kann ein amtlicher Erbenvertreter ernannt werden. Ihm obliegt die gesamte Verwaltung. Falls ein Geschäftsbetrieb im Nachlaß ist, hat er auch für dessen reibungslose Weiterführung zu sorgen. Fehlt ihm die nötige Sachkenntnis, kann er Sachverständige beziehen oder die Leitung vertrauenswürdigen Geschäftsführern überlassen ²⁸⁾. Dabei ist er nicht auf die Zustimmung aller Erben angewiesen. Ist er aber zur Ernennung von Geschäftsführern berechtigt, kann er auch Prokuristen ernennen.

²⁴⁾ OR 535 II.

²⁵⁾ OR 603.

²⁶⁾ ZGB 602 III.

²⁷⁾ Vgl. auch die Ausführungen von Guhl, ZBJV 86, 345 ff.

²⁸⁾ ZGBR 33 185.

4. Die Ernennungsbefugnis von Personen in prinzipalähnlicher Stellung

Im Folgenden soll untersucht werden, ob auch Personen, die nicht Prinzipal im eigentlichen Sinne sind, Prokuristen ernennen können.

a) Der *Liquidator*. Kann ein Liquidator einen Prokuristen bestellen? Das deutsche Recht ²⁹⁾, das jedoch zur Beantwortung unserer Frage nicht herangezogen werden kann, verbietet es. Im HGB kann nämlich ein Prokurist alle Handlungen vornehmen, die der Betrieb eines Geschäftes überhaupt mit sich bringen kann, mögen sie auch im einzelnen Fall über den Geschäftszweck hinausgehen. Im Gegensatz dazu ist die Prokura nach Schweizer Recht auf den Zweck des Geschäftes beschränkt und damit wesentlich weniger umfangreich. Eine Vergleichsbasis fehlt daher.

Im schweizerischen Recht findet man keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, die dem Liquidator die Ernennung von Prokuristen verbietet.

Nur solche Personen können Prokuristen ernennen, deren Vertretungsmacht größer ist als die eines Prokuristen. Der Liquidator hat alle Geschäfte vorzunehmen, die die Liquidation mit sich bringt. Er kann Grundstücke verkaufen, Vergleiche, Schiedsgerichtsverträge abschließen, Prozesse führen, alles aber nur mit dem Endziel: Liquidation. Je nach dem Umfang des Geschäftsbetriebes kann es nötig werden, Hilfspersonal einzustellen. Wohl ist die Vollmacht des Liquidators nur auf den Liquidationszweck beschränkt, innerhalb dieses Rahmens aber ist sie umfassender als die Vollmacht des Prokuristen. Eine auf Weiterführung des alten Geschäftsbetriebes gehende Prokura kann der Liquidator sicher nicht bestellen, denn damit könnte der Prokurist entgegen den Aufgaben des Liquidators das Geschäft neu verpflichten. Ist aber eine auf den Liquidationszweck begrenzte Prokura möglich? In der Literatur findet man darüber verschiedene Ansichten vertreten ³⁰⁾. Alle Autoren jedoch, die den negativen Standpunkt vertreten, beantworten die Frage nur für einen Prokuristen, der auf Weiterführung des Geschäftes bestellt wird.

Tritt eine Gesellschaft in Liquidation, so geht sie nicht unter, sie ändert lediglich ihren Zweck. Ging dieser vorher auf Erwerb und Betrieb, geht er jetzt auf Liquidation und Auflösung. Der Umfang der Vertretungsmacht des Prokuristen richtet sich nach dem Geschäftszweck und dieser wäre nun Liquidation. Er kann das Unternehmen nicht in einem über den Rahmen der Liquidation hinausgehenden Maße verpflichten.

²⁹⁾ HGB 298.

³⁰⁾ Zustimmend: v. Steiger 326; Siegwart 583 N 1.

Ablehnend: Oser/Schönenberger Art. 458 N 17; Becker Art. 459 N 3; Janggen/Becker Art. 823 N 4; Hartmann Art. 485 N 14; Schucany Art. 743 N 5; Pinösch 24 ff.; Vogel 129; Wieland 363.

Als stärkstes Gegenargument ließe sich hier einwenden, daß ein Prokurist nach OR 458 lediglich «zum Betrieb» eines Gewerbes bestellt werden könne, und es wird daraus gefolgert, daß ihm alle Auflösungs- und Liquidationshandlungen verwehrt sein müssen. Dies ist aber ein reichlich formalistischer Standpunkt, und dem erst noch entgegnet werden kann, daß es sich hier um den «Betrieb» eines neuen Geschäftes handle, nämlich um die Liquidation der alten Unternehmung. Unter dem Wort «Betrieb» darf man nicht das Bestreben zur dauernden Gewinnerzielung verstehen, sondern man wird es in diesem speziellen Fall eher als «Führung aller Geschäfte, die auf Liquidation der Unternehmung abzielen» interpretieren müssen. Man würde sonst damit sagen, daß nur solche Geschäfte Prokuristen ernennen könnten, deren wirtschaftlicher Zweck die Gewinnerzielung ist und eine Prokurabestellung für alle charitativen Institutionen und Anstalten verneinen. Aber auch charitative Institutionen, nicht in Gewinnabsicht betriebene Unternehmen, können Prokuristen haben. Es ist daher nicht einzusehen, warum es dem Liquidator nicht möglich sein sollte, für das Geschäft in Liquidation einen Prokuristen zu bestellen.

Was geschieht aber mit den alten Prokuren, die vor der Liquidation erteilt wurden und auf die Weiterführung des Geschäftes gehen? Nach der Ansicht Pinöschs ³¹⁾, der sich auf OR 35 stützt, müßten sie mit dem Beginn der Liquidation erlöschen. Oser/Schönenberger ³²⁾ teilt diese Ansicht.

OR 465 II läßt bei Tod oder Handlungsunfähigkeit des Geschäftsherrn die Prokura nicht erlöschen, und zwar weil gerade in jenem Moment das Vorhandensein eines Vertreters am Nötigsten ist, «da sonst jegliche Vertretung des Einzelkaufmanns dahinfallen würde» ³³⁾. Für die Liquidation von Gesellschaften traf das OR hinsichtlich der Prokura keine entsprechende, ausdrückliche Regelung. Es stellt sich nun die Frage: Kann OR 465 II analog auch für die Liquidation angewandt werden oder ist auf die Regelung der allgemeinen Stellvertretung zurückzugehen, wo die rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht bei Auflösung der juristischen Person erlischt (OR 35 II)?

OR 35 II spricht von der Auflösung der Gesellschaft. Ist die Liquidation bereits die Auflösung? Der Eintritt des Auflösungsgrundes zieht vorerst die Liquidation nach sich. Nach beendeter Liquidation wird die juristische Person im Handelsregister gelöscht und geht unter. Die Literatur ³⁴⁾ nimmt allgemein an, daß das Gesetz mit «Auflösung» den

³¹⁾ Pinösch 24.

³²⁾ Oser/Schönenberger Art. 465 N 7.

³³⁾ Pinösch 24.

³⁴⁾ Schucany Art. 736 N 1; Oser/Schönenberger Art. 465 N 17; Oser Art. 35 N 7; Pinösch 25; v. Steiger 324.

Beginn des Auflösungsstadiums und nicht das Ende, das Erlöschen der Gesellschaft bezeichnet. Würde OR 35 II auch für die Prokura gelten, müßten sämtliche Prokuren mit dem Beginn der Liquidation erlöschen; damit würde die Gesellschaft eines großen Teiles ihrer Vertreter beraubt. Betrachtet man beispielsweise eine Großbank, die liquidiert, so besteht die Gesellschaft nach wie vor, lediglich ihr Zweck hat geändert. Sie geht evtl. Verbindlichkeiten ein und die Dienstverhältnisse werden vorerst noch nicht gekündet; die Notwendigkeit der Vertretung der Gesellschaft durch ihre Prokuristen besteht in genau gleichem Maße, denn der Geschäftsverkehr hat anfänglich den gleichen Umfang wie vorher. In der Regel wird die Verwaltung mit der Liquidation betraut. Es wäre den Liquidatoren ganz unmöglich, auch noch jene Vertretung der Gesellschaft, die vorher zum Teil in den Händen von Prokuristen lag, von diesen zu übernehmen, es sei denn, man bestelle zur Bewältigung dieses zusätzlichen Arbeitspensums eine Unzahl von Liquidatoren. Wohl nimmt der Tätigkeitsbereich des Liquidators mit fortschreitender Liquidation immer mehr ab. Zu Beginn der Liquidation ist er aber annähernd gleich groß, wie wenn die Fortführung der Unternehmung bezweckt würde. Es kann daher kaum dem Sinn des Gesetzes entsprechen, die Prokura gemäß OR 35 II mit Liquidationsbeginn erlöschen zu lassen. Die Liquidation einer Gesellschaft kommt dem Tode der natürlichen Person sehr nahe, und OR 465 ist analog anzuwenden. Ohne OR 465 II würde beim Einzelkaufmann wohl jede Vertretung aufhören, während bei der Gesellschaft in Liquidation der Liquidator in Funktion tritt. Gesellschaften haben aber in der Regel auch einen größeren Geschäftsumfang; damit läßt sich die dringende Notwendigkeit, alte Prokuren weiterbestehen zu lassen, rechtfertigen. Ist der Liquidator im einzelnen Fall der Ansicht, daß dies nicht notwendig oder wünschenswert sei, so kann er jeden Prokuristen ohne weiteres jederzeit abberufen.

Bei der Liquidation einer Gesellschaft ist OR 465 II analog anzuwenden. Die früher bestellten Prokuren bleiben weiterhin bestehen. Da sich aber der Zweck der Gesellschaft geändert hat, sind die alten Prokuren dem neuen Geschäftszweck, dem der Liquidation, anzupassen. Für den Dritten bildet das keine Benachteiligung, da die Firma, die liquidiert, den Zusatz «in Liquidation» ins Handelsregister einzutragen hat und er damit über den «Geschäftszweck» orientiert ist ³⁵⁾).

b) Die *amtliche Erbschaftsverwaltung*. Der Erbschaftsverwalter ist Vertreter und Verwalter der Erbschaft. Die Fälle einer amtlichen Erbschaftsverwaltung sind im Gesetz abschließend aufgezählt. Man unter-

³⁵⁾ In der Praxis wird die Beantwortung dieser Frage eine geringe Rolle spielen, was schon aus der Tatsache hervorgeht, daß kein Urteil darüber bekannt ist.

scheidet dabei die Erbschaftsverwaltung im Sinne von ZGB 554 und diejenige im Sinne von ZGB 595. Letztere wird zur Liquidation direkt bestellt und es haben hier die Ausführungen über den Liquidator analog Geltung. Im Folgenden sollen die Aufgaben und Kompetenzen der Erbschaftsverwaltung im Sinne von ZGB 554 näher untersucht werden.

Die Aufgaben des Erbschaftsverwalters sind im Gesetz nicht ausdrücklich aufgezählt ³⁶⁾. Sicher ist er zur Verwaltung der ganzen Erbschaft befugt. Nach Escher ³⁷⁾ ist er zu allen Handlungen berechtigt, die zur Werterhaltung und Sicherung des erbschaftlichen Vermögens dienen. Nur ausnahmsweise, und zwar in Notfällen, kann er auch Liquidationshandlungen vornehmen, durch welche man eine weitere Werteinbuße der Erbschaft verhindern will. So kann er z. B. rasch verderbende Ware verkaufen ³⁸⁾ und er wird auch zur Befriedigung der Gläubiger eine Teilliquidation anordnen dürfen. Der Aufgabenkreis des Erbschaftsverwalters ist somit eng begrenzt, er bezieht sich nur auf die Verwaltung und Erhaltung im engsten Sinne. Die Beschränkung seiner Kompetenzen wird besonders durch die Bestimmung des Zürcher EG ZGB § 129 beleuchtet, wonach der Erbschaftsverwalter nicht von sich aus Grundstücke veräußern darf, sondern dazu der Ermächtigung des Einzelrichters bedarf. Ohne dessen Einwilligung darf er auch den Gewerbebetrieb nicht weiterführen. Schränkt der Gesetzgeber den Erbschaftsverwalter in seinen Befugnissen derart ein, ist seine Vertretungsmacht somit kleiner als diejenige des Prokuristen, so kann sie natürlich auch nicht das Recht zur Prokuraerteilung enthalten.

c) Der *Willensvollstrecker*. Der Willensvollstrecker wird vom Erblasser ernannt. Im Gegensatz zur amtlichen Erbschaftsverwaltung handelt es sich dabei um ein privates Rechtsverhältnis ³⁹⁾. Der Umfang der Befugnisse des Willensvollstreckers richtet sich nach dem Willen des Erblassers. Je nach dem Auftrag ist er entweder General- oder Spezial-executor. Fehlt eine entsprechende Bestimmung des Erblassers, wird vermutet, er sei Generalexecutor ⁴⁰⁾. Zu seinen Handlungen bedarf er nicht der Mitwirkung der Erben, er ist von ihnen unabhängig. Als besondere Vertrauensperson kann er sein Amt, die Willensvollstreckung, nicht jemand anderem übertragen, sondern hat seine Aufgabe selber auszuführen. Mangelt es ihm an der nötigen Sachkenntnis, kann er Sachverständige, einen Anwalt oder einen Notar beiziehen.

Seine Aufgabe besteht in der Verwaltung und Verteilung der Erb-

³⁶⁾ ZGB 490 I, 548 I, 554, 595 II.

³⁷⁾ Escher Art. 554 N 15.

³⁸⁾ SJZ Nr. 86 S. 121.

³⁹⁾ BGE 78 II 123.

⁴⁰⁾ Escher Art. 518 N 2.

schaft. Er verwirklicht den Willen des Testators, und zwar nicht nur in Hinsicht auf die Verwertung und Verteilung, sondern auch auf die evtl. Weiterführung des Geschäftes. Nach der Meinung Eschers⁴¹⁾ umfaßt sein Aufgabenkreis die rechtlichen Verfügungen über den Nachlaß und die Wahrung der Vermögensinteressen im weitesten Sinne. Er kann folglich auch Verpflichtungen für den Nachlaß eingehen, und, falls es seine Aufgabe mit sich bringt, Grundstücke verwerten. Befindet sich ein Handelsgeschäft im Nachlaß, so muß er befugt sein, Hilfskräfte einzustellen. Ferner wird er für die nötige Vertretung nach außen zu sorgen haben, denn auch die geregelte Weiterführung des Geschäftes kann zu seinem Aufgabenkreis gehören. Er muß deshalb u. U. auch Prokuristen ernennen können. Da er in seiner Funktion über den Erben steht, bedarf er dazu ihrer Einwilligung nicht. Wohl ist die Aufgabe des Willensvollstreckers nur eine vorübergehende und in der Regel für kurze Dauer. Aber auch ein Prokurist kann ja nach kurzer Zeit wieder abberufen werden, wozu die Erben nach der Verteilung der Erbschaft jederzeit berechtigt sind.

Diese Lösung wird aber noch durch andere Argumente gestützt. In seinen Rechten und Pflichten ist der Willensvollstrecker dem amtlichen Erbschaftsverwalter gleichgestellt. Seine Aufgabe besteht eigentlich weniger in der Erhaltung und Verwaltung der Erbmasse, als in deren Verteilung und Liquidation. Der Gesetzgeber denkt bei dieser Gleichstellung an den Erbschaftsverwalter im Sinne von ZGB 595, d. h. an «den Erbschaftsliquidator»⁴²⁾. Wird letzterem die Ernennungsbefugnis von Prokuristen zugestanden⁴³⁾, so muß auch dem Willensvollstrecker das gleiche Recht eingeräumt werden⁴⁴⁾.

Alle diese Ausführungen beziehen sich natürlich nur auf den Willensvollstrecker, der vom Erblasser keine andere Weisungen erhielt.

d) Die *Konkursverwaltung*. Es ist die Aufgabe des Konkursverwalters, alle zur Erhaltung und Verwertung der Konkursmasse gehörenden Geschäfte zu besorgen⁴⁵⁾. In der Regel wird dazu der Notar des betreffenden Notariatskreises bestimmt. Ähnlich wie der amtliche Erbschaftsverwalter hat er nur einen sehr beschränkten Kompetenzbereich und kann nur gerade die Handlungen vornehmen, die zur Verwertung und Versilberung der Masse dringend nötig sind. Es muß ihm daher verwehrt sein, Vertreter mit der Vertretungsmacht eines Prokuristen zu ernennen. Besteht die Notwendigkeit der Fortführung des Gewerbebetriebes, und damit u. U. auch die Ernennung von Prokuristen, so kann er

⁴¹⁾ Escher Art. 518 N 7.

⁴²⁾ So auch Escher Art. 518 N 3 und dort zit. Lit.

⁴³⁾ Vgl. S. 25/6 der Arbeit.

⁴⁴⁾ Die praktische Bedeutung dieser Frage ist hier gering.

⁴⁵⁾ SchKG 240.

einen entsprechenden Vorschlag dem Gläubigerausschuß unterbreiten, der dann seinerseits einen Prokuristen ernennen kann.

e) Der *Konkursit*. Wurde der Konkurs über jemanden ausgesprochen, so verliert der Konkursit die Verfügungsfreiheit über sein Vermögen; weitere Verfügungen seinerseits sind nichtig. Somit kann er auch keine gültige Prokura bestellen.

f) Der *Sachwalter*. Der Gesetzgeber sieht an verschiedenen Orten ⁴⁶⁾ einen Sachwalter vor, dessen Kompetenzen er nicht ausdrücklich umschreibt. Der einzige Zweck dieser Bestellung ist aber offensichtlich der, ein Überwachungsorgan zu schaffen. Ist seine Aufgabe nur die des Überwachens, so kann er sicher keinen Prokuristen ernennen, denn das läge außerhalb seiner Pflichten.

II. Die Erteilung der nicht kaufmännischen Prokura

Wie auf Seite 17 ff. angeführt wurde, können nur bestimmte Personen eine kaufmännische Prokura erteilen. Eine nicht kaufmännische Prokura aber kann jedermann erteilen, der voll handlungsfähig ist.

§ 3 Wer kann Prokurist sein?

I. Die allgemeinen Voraussetzungen

Eine Bestimmung darüber, wer Prokurist sein kann, findet man im Gesetz nicht. Man hat daher die allgemeinen Regeln der Stellvertretung heranzuziehen. Prokurist sein kann jeder, dem eine Vollmacht erteilt werden kann.

Der Prokurist muß urteilsfähig sein. Wäre er urteilsunfähig, so könnte er nach ZGB 18 weder für sich noch für andere rechtliche Wirkungen herbeiführen, alle seine Willenserklärungen wären nichtig.

Muß er voll handlungsfähig sein? Nein, er kann beschränkt handlungsfähig sein. Die beschränkte Handlungsfähigkeit hat ja nur zur Folge, daß er für sich selbst ohne die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters keine ihn verpflichtende Rechtshandlungen vornehmen kann.

Der Prokurist ist direkter Stellvertreter. Er verpflichtet nicht sich selber, sondern seinen Prinzipal. Die Wirkungen des vom Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäftes treffen also nicht ihn, sondern den Vertretenen. Für Rechtshandlungen, die den beschränkt Handlungsfähigen nicht selber binden, bedarf es keiner besonderen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters; denn die Beschränkung der Handlungsfähigkeit be-

⁴⁶⁾ SchKG 295; für die AG. OR 725; für die Genossenschaft OR 903 V.

zweckt nicht die Verunmöglichung eines Geschäftsabschlusses durch den beschränkt Handlungsfähigen schlechthin, sondern vielmehr seinen Schutz vor Geschäftsabschlüssen, die seine eigene Vermögenslage beeinträchtigen könnten ¹⁾. Wo die Gefahr einer solchen Beeinträchtigung nicht besteht, ist eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht nötig. Ausdrücklich erwähnt ja das Gesetz die unentgeltlichen Vorteile und die Persönlichkeitsrechte beim Handlungsbereich des beschränkt Handlungsfähigen ²⁾. Dem Sinn der Bestimmung nach wird man aber auch Handlungen, die Dritte verpflichten, darunter verstehen müssen. Es ist also möglich, daß eine beschränkt handlungsfähige, d. h. eine urteilsfähige, unmündige Person zum Prokuristen ernannt werden kann.

II. Juristische und natürliche Personen

Müssen Juristen natürliche Personen sein, oder können auch juristische Personen zu Prokuristen ernannt werden? Eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung darüber findet sich nicht ³⁾, doch wird von allen Kommentatoren ⁴⁾ als selbstverständlich angenommen, daß nur physische, niemals juristische Personen Prokuristen sein können. Eine juristische Person ist aller jener Rechte und Pflichten nicht fähig, die die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur Voraussetzung haben. So kann sie z. B. nicht Beirat, Beistand oder Vormund sein.

Das Vertrauen, das der Geschäftsherr seinem Prokuristen entgegenbringt, basiert auf der Person des Prokuristen, seinen menschlichen Eigenschaften und persönlichen Fähigkeiten. Es ist anderer Art als das Vertrauen, das er einer unbestimmten Mehrheit von Personen, z. B. einer Revisionsfirma, entgegenbringt, da hier die Charakterzüge des Betreffenden ausschlaggebend sind. Angesichts dieser menschlich persönlichen Basis des Vertrauensverhältnisses von Prinzipal und Prokurist, kann eine juristische Person niemals Prokurist sein.

III. Der Prinzipal oder Personen, die in prinzipalähnlicher Stellung sind

Alle diejenigen Personen können nicht Prokuristen sein, die entweder Prinzipal sind oder prinzipalähnliche Eigenschaften haben.

¹⁾ Dieser Meinung sind Oser Art. 32 N 29 und v. Tuhr 336 N 29.

²⁾ ZGB 19 II.

³⁾ HRV 41 bestimmt allerdings, daß sich juristische Personen weder als unbeschränkt haftende Gesellschafter an Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften beteiligen können, noch zu Mitgliedern der Verwaltung juristischer Personen oder Zeichnungsberechtigten bestellt werden können. Vorbehalten bleiben die Art. 811 und 815 Abs. 2 OR und die Wahl zu Liquidatoren.

⁴⁾ Oser/Schönenberger Art. 458 N 2; Becker Art. 458 N 8; Wieland 360; Vogel 54, 107.

1. Der Prinzipal

Das Gesetz sagt in OR 458: «wer vom Inhaber . . . ermächtigt ist, für ihn das Gewerbe zu betreiben, ist Prokurist.» Damit schließt das Gesetz von vorneherein den Prinzipal davon aus, Prokurist im eigenen Geschäft zu sein. Er kann so wenig sein eigener Prokurist sein, als überhaupt jemand sein eigener Bevollmächtigter sein kann. Eine gegenteilige Lösung würde Verwirrung stiften und die Rechtssicherheit beeinträchtigen. Zudem entbehrte eine solche Lösung jeden einleuchtenden Grundes ⁵⁾. Die schweizerische Rechtsprechung mußte auch charakteristischerweise noch nie Stellung zu dieser Frage nehmen, die formaljuristisch dadurch gelöst werden könnte, daß man nicht mehr von einer Stellvertretung sprechen kann, wenn sich jemand selbst vertritt.

Kann der Prinzipal nicht Prokurist sein, so auch alle jene Personen nicht, die nachträglich in die Stellung eines Prinzipals eintreten. Würde also ein Prokurist Inhaber oder Mitinhaber des Geschäftes, bei dem er Prokura hat, so müßte seine Prokura erlöschen.

2. Aus den gleichen Gründen ist die Fähigkeit, Prokurist zu sein, auch den *Kollektivgesellschaftern und den Komplementären der Kommanditgesellschaft* verwehrt ⁶⁾. Sie stehen gegenüber der Firma in einem prinzipalähnlichen Verhältnis. Einer besonderen Untersuchung bedarf noch der von der Kollektivgesellschaft ausgeschlossene Gesellschafter. Bei einer Kollektivgesellschaft repräsentieren ja alle Gesellschafter zusammen den Inhaber der Firma. Jedem einzelnen von ihnen kommt deshalb Prinzipalsqualität zu. Im Zweifelsfalle ist auch jeder Gesellschafter allein zur Vertretung der Firma gegenüber Dritten berechtigt. Im Gesellschaftsvertrag allerdings können nur einzelne Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft nach außen ermächtigt werden. Der Umfang ihrer Vertretungsmacht ist weiter als der eines Prokuristen und er kann gegenüber gutgläubigen Dritten nicht beschränkt werden. Würde man nun nichtvertretungsberechtigte Gesellschafter zu Prokuristen ernennen, so gäbe man ihnen das entzogene Recht, die Gesellschaft nach außen zu vertreten, wieder zurück, allerdings in beschränkterem Umfang. Die Beschränkung wäre auch mit dem Eintrag als Prokura allen bekannt und es könnte sich niemand auf die Gutgläubigkeit berufen. Die Ernennung eines solchen Gesellschafter zum Prokuristen ist aber nicht identisch mit der in OR 564 I vorgesehenen Verleihung der Vertretungsbefugnis an einen Gesellschafter, hier mit der Beschränkung auf den Umfang einer Prokura, was an und für sich möglich wäre, sondern es ist die Verleihung

⁵⁾ Prokurist und Prinzipal dürfen nicht in einer Person zusammentreffen: RGZ 67 423.

⁶⁾ A. A. Hartmann Art. 566 N 3 und dort zit. Lit.

einer anderen Art Vollmacht, nämlich der Prokura selber. Währenddem ein vertretungsberechtigtes Mitglied die Gesellschaft gewissermaßen als Prinzipal nach außen hin vertritt, ist der Prokurist lediglich Vertreter ohne Prinzipaleigenschaft. Dem vertretungsberechtigten Gesellschafter steht von Gesetzes wegen die Vertretungsmacht zu, während der Prokurist sie erst durch Rechtsgeschäft erhält.

Einem nichtvertretungsberechtigten Kollektivgesellschafter kann wohl die Vertretung der Gesellschaft wieder in der Form der Vertretung nach OR 564 I eingeräumt werden, möglicherweise mit beschränkterem Umfang, zum Prokuristen kann er aber wegen seiner Prinzipaleigenschaften konsequenterweise nicht ernannt werden ⁷⁾).

Bei der Kommanditgesellschaft ist der Kommanditär als solcher zur Führung der Geschäfte weder berechtigt noch verpflichtet, er kann nie die Vertretungsbefugnis eines Komplementärs besitzen. Hingegen kann ihm eine Vollmacht, sei es eine Handlungsvollmacht oder Prokura, erteilt werden (OR 605), die ihm aber jederzeit wieder entzogen werden kann. Siegwart ⁸⁾ allerdings will einen Entzug der Prokura nur aus «wichtigen Gründen» geschehen lassen. Damit stellt er sich aber in Widerspruch zu OR 465, der bestimmt, daß die Prokura jederzeit widerrufen werden kann ⁹⁾).

3. Die Verwaltung einer AG.

Die Verwaltung einer AG. ist das Organ, durch das die AG. handelt. Als Organ besitzt sie nach OR 718 eine gesetzliche Vertretungsmacht, die sie zu allen Rechtsgeschäften ermächtigt, welche der Betrieb der Gesellschaft mit sich bringen kann. Der Umfang dieser Vertretungsmacht ist außerordentlich weit gefaßt, denn die Verwaltung ist das eigentlich ausführende Organ der Gesellschaft, ohne das keine AG. existieren kann. Eine Beschränkung dieser Vollmacht gegenüber gutgläubigen Dritten ist nicht möglich. Einzig die Kollektivvertretung bildet hier eine, allerdings nur scheinbare ¹⁰⁾, Ausnahme. Ohne andere Regelung in den Statuten steht diese Vertretungsmacht allen Mitgliedern der Verwaltung gemeinsam zu.

Aufgabe der Verwaltung ist es, die Geschäfte der Gesellschaft mit Sorgfalt zu führen und dabei die Interessen der AG. zu wahren. Sie muß die für den Geschäftsbetrieb nötigen Reglemente aufstellen, Weisungen erteilen, die bestellten Vertreter überwachen und sie evtl. abberufen. Die Statuten können ihr auch das Recht zur Bestellung von Ver-

⁷⁾ A. A. Vogel 58.

⁸⁾ Siegwart Art. 605 N 5.

⁹⁾ Gl. M. Hartmann Art. 603 N 12.

¹⁰⁾ Über die Kollektivprokura als scheinbare Beschränkung der Vertretungsmacht des Prokuristen vgl. S. 61 der Arbeit.

tretern übertragen, d. h. von Direktoren, Delegierten oder Prokuristen. Der Umfang der Vertretungsmacht der Verwaltung ist damit wesentlich größer als derjenige der Prokura, denn die Verwaltung als Gesamtheit nimmt prinzipalähnliche Stellung ein. Es stellt sich nun die Frage, ob ein Verwaltungsrat Prokurist oder ein Prokurist gleichzeitig Verwaltungsrat sein kann. Je nachdem die Verwaltung aus einer Mehrheit von Personen besteht oder nur aus einem einzigen Individuum, wurde die Frage in der Literatur und Rechtsprechung verschieden beantwortet, so daß im Folgenden die beiden Fälle gesondert behandelt werden.

a) Die Verwaltung besteht aus *einer* Person. In diesem Falle sind die Aufgaben des ganzen Organs ihre persönlichen Aufgaben; die Stellung eines einzigen Verwaltungsrates kommt somit der eines Geschäftsherrn sehr nahe. Der Prokurist muß aber eine andere Person als der Prinzipal sein. Wo nun der Verwaltungsrat nur aus einem Mitglied besteht, muß deshalb seine Ernennung zum Prokuristen, und damit auch die Ernennung eines Prokuristen zum Verwaltungsrat ausgeschlossen sein. Die Unmöglichkeit einer Ernennung erhellt sich schon daraus, daß sich der Verwaltungsrat die Prokura selber erteilen und über deren Entziehung befinden müßte, wie er überhaupt sich selber auch zu überwachen hätte. Eine Personalunion von einem einzigen Verwaltungsrat und einem Prokuristen widerspricht also offensichtlich dem Sinne des Gesetzes. Dieser Meinung ist auch die Literatur ¹¹⁾.

b) Die Verwaltung besteht aus *mehreren* Personen. Wesentlich umstrittener ist hier die Frage, ob nicht vielleicht bei einem mehrköpfigen Verwaltungsrat die Prokura einem Verwaltungsrat erteilt, oder ob ein Prokurist als Mitglied in den Verwaltungsrat berufen werden könne ¹²⁾. Das Bundesgericht ¹³⁾ erklärte hiezu lediglich, daß die Erteilung einer Prokura an ein Mitglied eines aus mehreren Personen bestehenden Verwaltungsrates nicht offensichtlich rechtswidrig sein müsse, und der Eintrag von der Handelsregisterbehörde nicht abgelehnt werden dürfe. Die materiellrechtliche Seite aber, ob ein Verwaltungsratsmitglied gleichzeitig Prokurist sein könne, wurde nicht entschieden.

Zu dieser Frage wurde schon angeführt, daß zwar die Verwaltung als Ganzes als Prinzipal gelte, nicht aber das einzelne Mitglied der Verwaltung ¹⁴⁾. Wohl ist der einzelne nichtvertretungsberechtigte Verwaltungsrat nicht zu Organhandlungen berechtigt, aber er steht doch in einer prinzipalähnlichen Funktion und übt einen Teil seiner Rechte aus, wenn er über die Bestellung und Abberufung von Prokuristen befinden kann.

¹¹⁾ AG 14 153.

¹²⁾ Dafür: Gubler in AG 14 152 ff.; dagegen: v. Steiger in AG 17 165.

¹³⁾ BGE 67 I 342 ff.; Pra. 31 Nr. 12 S. 29.

¹⁴⁾ AG 14 153; BGE 67 I 348.

Es ist der Ansicht v. Steigers ¹⁵⁾ beizupflichten, daß hier zum Vergleich die Kollektivgesellschaft herbeigezogen werden könnte, wo auch die Gesamtheit der Kollektivgesellschaftler Inhaber des Geschäftes ist ¹⁶⁾.

Würde die Ernennung eines Verwaltungsrates die Sicherheit und Klarheit der Vertretungsverhältnisse stören ¹⁷⁾? Das Handelsregister darf keine Eintragungen vornehmen, die zu Täuschungen Anlaß geben könnten. Der Eintrag betreffend die Ernennung eines nichtvertretungsberechtigten Gesellschafters zum Prokuristen kann aber niemanden täuschen. Will sich nämlich der Dritte über die Vertretungsverhältnisse der AG. orientieren, so sieht er im Register, wer auch als Delegierter des Verwaltungsrates zeichnungsberechtigt ist, und wer nur zum Prokuristen bestellt wurde. Zudem hat der Verwaltungsrat als Prokurist nicht die volle Unterschrift, sondern unterschreibt für Geschäfte, die er Kraft seiner Prokura abschließt, mit dem Zusatz «per Prokura».

Fraglich ist allerdings bei diesem Problem, ob überhaupt ein begründetes Interesse daran besteht, einen Verwaltungsrat zum Prokuristen zu ernennen oder einen Prokuristen zum Verwaltungsrat zu machen. Die Argumente ¹⁸⁾, man wolle damit verdiente Personen auszeichnen, die Sachkenntnis eines Prokuristen verwerten oder dem Sohn einen Sitz im Verwaltungsrat sichern, scheinen nicht schwerwiegend genug. Will man jemanden auszeichnen, so bringt man ihm damit ein gewisses Vertrauen entgegen. Der Umfang der Prokura ist nun aber nicht so viel geringer als derjenige der Vertretungsmacht des vertretungsberechtigten Verwaltungsrates; bringt man einem Prokuristen schon das nötige Vertrauen entgegen, so kann man ihn auch wohl zum Verwaltungsrat bestellen, unter Weglassung der Prokura. Will man ihn trotzdem in seinem Handeln nur auf den Umfang der Prokura beschränken, kann man dies intern durch Weisungen regeln.

Hat das Verwaltungsratsmitglied auch in einem mehrköpfigen Verwaltungsrat prinzipalähnliche Eigenschaften und besteht zudem kein öffentliches Interesse, das es rechtfertigen würde, einen Verwaltungsrat zum Prokuristen zu ernennen, so muß von einer solchen Möglichkeit abgesehen werden, obschon heute ein Eintrag ins Handelsregister möglich wäre ¹⁹⁾.

4. Ein Mitglied der *Kontrollstelle* kann in der AG. nicht Prokurist werden ²⁰⁾. Die Kontrollstelle hat die Geschäftsführung zu überprüfen und muß deshalb als Revisor von der Gesellschaft unabhängig sein. Das

¹⁵⁾ v. Steiger in AG 17 165.

¹⁶⁾ Vgl. darüber die Ausführungen auf S. 30/1 der Arbeit.

¹⁷⁾ AG 14 156.

¹⁸⁾ AG 14 156.

¹⁹⁾ Couchepin Nr. 101.

²⁰⁾ AG 5 121.

Mitglied der Kontrollstelle darf somit aus Gründen einer Interessenkollision nicht gleichzeitig Prokurist der Gesellschaft werden. Der Gesetzgeber ²¹⁾ wünscht eine klare Trennung zwischen Geschäftsführung und Aufsicht.

IV. Spezielle Personen als Prokuristen

a) Einer Ernennung des *Ehemannes* im Geschäft der Ehefrau steht nichts im Wege ²²⁾. Sie bildet tatsächlich ein beliebtes Mittel für einen Konkursiten, der sich so im Geschäft der Ehefrau als Prokurist beschäftigen läßt. Was er auf diese Weise einbringt, erwirbt er der Ehefrau, und neues Vermögen wird auf diese Weise seinen Gläubigern entzogen.

b) Auch ein *Konkursit* kann Prokurist werden. Wohl hat er mit dem Konkurs die freie Verfügungsgewalt über sein eigenes Vermögen verloren, die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen seines Handelns als Prokurist treffen aber den Prinzipal. Dagegen ist der Ansicht Brutschins ²³⁾ beizupflichten, daß die Prokura von Gesetzes wegen ²⁴⁾ erlöscht, wenn der Konkurs *nach* der Bevollmächtigung eintritt. Der Konkurs eines Prokuristen ist eine derartige Erschütterung im Vertrauensverhältnis zum Prinzipal, daß letzterem das weitere Aufrechterhalten der Prokura nicht mehr zugemutet werden kann.

c) Ein *Vormund* kann sich infolge Interessenkollision nicht im Geschäft seines Mündels zum Prokuristen ernennen lassen ²⁵⁾. Er ist gesetzlicher Vertreter, der wohl selber Prokuristen ernennen, aber seiner prinzipalähnlichen Stellung wegen sich nicht selber bevollmächtigen kann ²⁶⁾.

§ 4 Die Erteilung der Prokura

I. Die kaufmännische Prokura

1. Allgemeines

Für die Art und Weise der Prokuraerteilung gelten, mangels spezieller Gesetzesvorschriften, die allgemeinen Regeln der Vollmachterteilung OR 32 ff. Die Vollmacht regelt das Innenverhältnis, die Stellvertretung das

²¹⁾ OR 727 II.

²²⁾ BIZR 43 Nr. 42 S. 89 ff.; Lehmann 182 Anm. 1.

²³⁾ Brutschin 29.

²⁴⁾ OR 35.

²⁵⁾ A. A. Tietze 928 Anm. 11.

²⁶⁾ Zur Behandlung der Frage der Kollektivprokura in § 9 sei hier vorweggenommen, daß alle diejenigen Personen, die die Fähigkeit besitzen, Prokurist zu sein, auch zu Kollektivprokuristen ernannt werden können.

Außenverhältnis. Die Prokura ist eine Stellvertretung mit Vollmacht. Eine Prokura als vollmachtlose Stellvertretung gibt es nicht, die Ermächtigung hat daher nach innen, d. h. gegenüber dem Prokuristen zu erfolgen. Die Vollmachterteilung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ¹⁾. Sie bedarf seitens des Prokuristen keiner Annahme. Daraus folgt, daß eine Bevollmächtigung schon gültig erfolgt ist, wenn der Prinzipal die Bevollmächtigung wohl schon vollzogen, der Vertreter aber noch keine Kenntnis davon hat. In diesem Falle könnte er somit schon als bevollmächtigter Vertreter handeln, obschon er von der Bevollmächtigung nichts weiß und glaubt, er handle als Geschäftsführer ohne Auftrag.

Im Gegensatz zum deutschen ²⁾ Recht muß die Vollmachterteilung nicht durch Mitteilung an den Dritten erklärt werden. Wohl spricht das Gesetz in OR 33 III von der Mitteilung an den Dritten, und es ist in der Regel auch üblich, ihn durch Zirkular, Brief oder Inserat von der Bevollmächtigung in Kenntnis zu setzen, doch hat diese Erklärung keine rechtsbegründete Wirkung, sondern dient lediglich zur Orientierung.

Die Erteilung der Prokura geschieht durch einseitige Willenserklärung und ist an keine Form gebunden, auch wenn das vom Vertreter vorzunehmende Geschäft bestimmten Formen unterliegt ³⁾. Dabei unterscheidet man zwei Arten, die ausdrückliche und die stillschweigende Erteilung:

2. Die ausdrückliche Ernennung

Dem Prokuristen gegenüber wird ausdrücklich erklärt, er werde bevollmächtigt. Wie diese Erklärung zu lauten habe, sagt das Gesetz allerdings nicht ⁴⁾. Sie wird jedoch in einer Form gegeben werden müssen, die jede Unklarheit darüber ausschließt, ob eine Prokura gemeint sei oder nicht. Es ist aber trotzdem nicht nötig, das Wort «Prokura» oder «Prokurist» zu erwähnen ⁵⁾, doch muß es sich aus den Umständen klar ergeben, daß es sich um eine Prokura handelt. So kann u. U. «die Erteilung der Unterschrift» ⁶⁾ als Prokuraverleihung angesehen werden. Es liegt jedoch im Sinne der Klarheit, hier den richtigen Ausdruck zu wählen, um spätere Mißverständnisse auszuschließen.

Da die Prokura eine überaus weite Vertretungsmacht verleiht, wird in der Regel die ausdrückliche Ernennung gewählt.

¹⁾ v. Tuhr 309.

²⁾ BGB § 167; Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 48 ff. Anm. 20; Wieland 361.

³⁾ Guhl 110.

⁴⁾ So Wieland 361; Vogel 67.

⁵⁾ Oser/Schönenberger Art. 458 N 24.

⁶⁾ BGE 33 II 612; BlZR 7 Nr. 55 S. 112 ff.

3. Die stillschweigende Ernennung

Stillschweigen äußert sich entweder in konkludentem Handeln oder in Gewährenlassen. Gewährenlassen kann entweder durch positives Wissen geschehen oder durch ein auf Fahrlässigkeit beruhendem Nichtwissen.

a) Die Erteilung der Prokura kann durch *konkludentes Verhalten* erfolgen. Der Vertretene verhält sich so, daß nach den allgemeinen Geschäftsgepflogenheiten und nach den Umständen der Dritte darauf schließen kann, der Vertretene wolle den Vertreter bevollmächtigen. Dies ist der Fall, wenn der Vertretene dem Vertreter eine Stellung einräumt, die der eines Prokuristen gleich kommt, sei es, daß er ihn an einen Posten stellt, den früher ein Prokurist inne hatte ⁷⁾, sei es, daß er ihm neu solche Geschäfte überträgt. Meistens ist eine solche Prokuraerteilung im zugrundeliegenden Dienstverhältnis aufgenommen. Bei der Beurteilung muß jedoch immer auf die geschäftlichen Gepflogenheiten Rücksicht genommen werden. Wo die Ernennung eines Prokuristen allgemein nicht üblich ist, wird man im Zweifelsfalle auch kaum von einer stillschweigenden Ermächtigung sprechen können.

b) Wie verhält es sich in jenen Fällen, in denen der Geschäftsherr lediglich duldet, daß sein Angestellter Handlungen vornimmt, die an sich einem Prokuristen vorbehalten sind? Auch hier wird man u. U. eine stillschweigende Prokuraerteilung annehmen müssen, insbesondere dann, wenn der Prinzipal dauernd einer solchen Prokuraanmaßung zusieht, ohne Widerspruch zu erheben. Nimmt der Angestellte nur eine einzige Handlung oder eine einzige Art von Handlungen vor, so kann man evtl. auf eine stillschweigend erteilte Handlungsvollmacht schließen. Die stillschweigende Erteilung einer Prokura wird man erst dann annehmen dürfen, wenn es sich um einen ganzen Komplex von Tätigkeiten handelt.

Auch aus Fahrlässigkeit kann das Dulden einer «Prokuraanmaßung» beruhen, dann nämlich, wenn der Prinzipal seinen Angestellten ohne sein Wissen gewähren läßt, obschon er es bei genügender Aufmerksamkeit hätte entdecken müssen. Hätte also der Vertretene bei der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt — im Handelsverkehr wird man in dieser Hinsicht an den Kaufmann höhere Anforderungen stellen dürfen — die in Frage stehende Tätigkeit des Vertreters entdecken müssen, kann ihm evtl. später eine auf fahrlässiger Duldung beruhende Prokuraerteilung entgegengehalten werden (ZGB 3).

4. Die Ungültigkeit des Versprechens zur Prokuraerteilung

Da die Erteilung der Prokura auf einem ausgesprochenen Vertrauensverhältnis beruht, kann sie auch jederzeit widerrufen werden. Ihre Er-

⁷⁾ Vgl. BIZR 7 Nr. 55 S. 112 ff.

teilung kann unmöglich durch ein Versprechen oder einen Vertrag zugesichert werden, da bei einem evtl. Vertragsbruch nicht auf Erfüllung, d. h. auf die Erteilung der Prokura geklagt werden kann⁸⁾.

Wie verhält es sich aber in jenen Fällen, in denen ein Angestellter durch Zusicherung der Erteilung einer Prokura von der Stelle in einem andern Geschäft weggelockt wurde? Hier kann er den neuen Anstellungsvertrag wegen absichtlicher Täuschung einseitig unverbindlich erklären.

II. Die Erteilung der nicht kaufmännischen Prokura

Die nicht kaufmännische Prokura kann nur mit dem Eintrag ins Handelsregister gültig erteilt werden. Ohne Eintrag ist sie ungültig und gilt als nicht erteilt. Nach dem Prinzip der Konversion von Rechtsgeschäften kann hierin aber evtl. die Erteilung einer Handlungsvollmacht gesehen werden⁹⁾. Vogel¹⁰⁾ verlangt aber mit Recht, daß in jedem einzelnen Fall der Wille des Prinzipals erforscht werde und nicht einfach generell jede ungültig erteilte Prokura als gültige Handlungsvollmacht aufgefaßt werde.

§ 5 Der Handelsregistereintrag

I. Zweck

Das Handelsregister dient den Interessen des kaufmännischen Verkehrs. Durch den Eintrag der für den Handelsverkehr wichtigen Rechtsgvorgänge, durch die Klarlegung der Haftungs- und Vertretungsverhältnisse werden diese bedeutsamen Tatsachen der Öffentlichkeit bekannt gegeben. Mit dem Eintrag und der damit verbundenen Veröffentlichung im schweizerischen Handelsamtsblatt erhalten die an einer Unternehmung interessierten Kreise zuverlässige Auskunft über die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse der Personen und Gesellschaften, ihre Bezeichnung, Sitz, Zweck, Teilhaber, ihre Vertretung und Haftung. Jeder Dritte kann sich darüber orientieren, ohne daß er einen Interessennachweis beizubringen hätte. Damit darf aber auch der Inhalt des Registers als bekannt vorausgesetzt werden, und jedermann kann sich in gutem Glauben auf seine Angaben verlassen. Das Handelsregister ist somit hauptsächlich ein Publizitätsinstitut, das weitgehend zur Sicherung des Handelsverkehrs beiträgt. Einen Nebenzweck erfüllt es damit, daß die Eingetragenen der

⁸⁾ Vgl. Vogel 139; a. A. RGZ 163 39.

⁹⁾ Becker Art. 458 N 6 nimmt allerdings an, es entstehe eine gewöhnliche Vollmacht.

¹⁰⁾ Vogel 46.

Konkursbetreibung, insbesondere der Wechselbetreibung unterliegen. Diese Tatsache wirkt für die einzelnen Eintragungen kreditfördernd.

II. Die Anmeldung

Jede Prokura ist ins Handelsregister einzutragen. Die Anmeldung für den Eintrag hat vom Inhaber des Geschäftes oder den dazu ermächtigten gesetzlichen Vertretern zu erfolgen. Nach HRV 105 muß die Anmeldung den Namen des Vollmachtgebers und des Bevollmächtigten enthalten ¹⁾. Sie ist zu unterzeichnen vom Vollmachtgeber und vom Prokuristen, wobei letzterer dem Namen des Vollmachtgebers seinen Namenszug mit einem die Prokura andeutenden Zusatz beizufügen hat.

Bei der kaufmännischen Prokura besteht nun keine Pflicht zur Anmeldung, wie bei der nicht kaufmännischen, sondern die Anmeldung ist lediglich Ordnungsvorschrift. Hier hat die Eintragung nur deklaratorische Wirkung, deshalb entsteht die kaufmännische Prokura schon vorher und der Prokurist kann schon vor dem Eintrag seinen Prinzipal durch Handlungen verpflichten. Die nichtkaufmännische Prokura entsteht erst mit dem Eintrag.

Wird die Anmeldung unterlassen, so hat der Registerbeamte die Beteiligten zur Erfüllung der Anmeldepflicht anzuhalten. Wird die Anmeldung weiter unterlassen, so kann der Beamte eine Ordnungsbuße von Fr. 10.— bis Fr. 500.— ausfällen. Erfolgt auch trotz Ordnungsbuße die Anmeldung nicht, wird den Fehlbaren eine Frist von 10 Tagen gesetzt; nach Ablauf dieser Frist erfolgt der Eintrag von Amtes wegen. Für den durch absichtliche oder fahrlässige Unterlassung der Eintragung entstandenen Schaden Dritten gegenüber haftet der zur Eintragung Verpflichtete.

III. Die Anmeldung von Veränderungen ²⁾

Ist die Prokura einzutragen, so sind es auch alle ihre Veränderungen wie Umwandlung einer Kollektivprokura in eine Einzelprokura oder Filialprokura und deren Löschung. Ein Eintrag hat auch dann zu erfolgen, wenn die Prokura, sei es absichtlich, sei es fahrlässig, nicht im Handelsregister eingetragen wurde.

IV. Die Kognitionspflicht des Handelsregisterführers

Der Handelsregisterführer hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind. Die Prüfung hat der Eintragung voranzugehen, da sie auch eine administrative Entscheidung über Annahme oder Nichtannahme der Anmeldung in sich schließt. Der Rah-

¹⁾ Der Eintrag lautet: «NN (Name, Vorname, Angabe des Berufes), von ..., in ..., erteilt Prokura an NN (Name, Vorname), von ..., in ...,» vgl. Jacquerod-v. Steiger, Beispiel Nr. 330.

²⁾ Vgl. darüber S. 56 der Arbeit.

men, innerhalb dessen der Handelsregisterführer die Anmeldung zu prüfen hat, wird durch OR 940 und HRV 38 gegeben. Letztere Bestimmung sagt, daß die Eintragung wahr sein müsse, zu keinen Täuschungen Anlaß geben und keinen öffentlichen Interessen widersprechen dürfe. Die Registerbehörde hat nun das Recht und die Pflicht zu untersuchen, ob die Tatsachen gegeben sind, die eine rechtlich begründete Eintragung voraussetzen. Das Handelsregister erfüllt nur dann die Verkehrsbedürfnisse, wenn die Eintragungen den Tatsachen entsprechen, denn ihre Richtigkeit wird von Rechtes wegen angenommen und dem Register kommt die gleiche Beweiskraft wie den öffentlichen Urkunden zu. Die Registerbehörde darf somit aber auch nur dann eine Anmeldung zurückweisen, wenn sie unwahr ist, zu Täuschungen Anlaß gibt oder dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft. In der Regel wird sich die Kognition auf die formelle Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen zu beschränken haben, da die Prüfung der Wahrheit der einzutragenden Tatsachen kaum möglich ist. Jedenfalls besteht keine Pflicht für den Registerbeamten, diese Wahrheit durch Beweisaufnahme zu ermitteln. Er kann aber vom Anmeldenden den Nachweis über die Richtigkeit der einzutragenden Tatsachen verlangen.

Der Registerführer ist für die Überprüfung der rein registerrechtlichen Fragen zuständig, während seine Entscheidungsbefugnis im materiellen Zivilrecht beschränkt ist. Er hat nur dort einzuschreiten, wo die verlangte Eintragung offensichtlich und unzweideutig gegen das Gesetz verstößt. Ist eine Verletzung nicht offensichtlich, so hat er die Beurteilung dem ordentlichen Zivilrichter zu überlassen. Insbesondere darf er nicht die Aufgabe des Zivilrichters übernehmen und Eintragungen zurückweisen, die seiner Ansicht nach nicht den Erfordernissen des materiellen Rechts entsprechen ³⁾).

V. Die Wirkungen der Eintragung

Für den *Beginn der rechtlichen Wirksamkeit* der Eintragungen kennt das Gesetz ⁴⁾ zwei Zeitpunkte: Einmal den Zeitpunkt der Einschreibung der Anmeldung ins Tagebuch und dann den Werktag, der auf den aufgedruckten Ausgabetag derjenigen Nummer des schweizerischen Handelsamtsblatts folgt, in dem die Eintragung veröffentlicht ist.

1. Für die Wirkungen im *Innenverhältnis* bei konstitutiven Einträgen gilt der Tagebucheintrag ⁵⁾). Gegenüber Dritten hat er jedoch nur in

³⁾ Vgl. hierüber die umfangreiche Bundesgerichtspraxis und Literatur: BGE 60 I 392, 56 I 137, 60 I 57, 62 I 262, 67 I 113, 67 I 345, 75 I 325; Pra 31 Nr. 12 S. 31, 39 Nr. 26 S. 86; AG 14 152, 22 121, 23 30; ZBJV 78 544, 86 561; Rep 75 118; Semjud 1935 256.

⁴⁾ OR 932.

⁵⁾ His Art. 932 N 114.

den Fällen Geltung, in denen eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift, wie OR 647 III oder OR 785 II dies vorsieht.

2. Gegenüber Dritten, d. h. im *Außenverhältnis* ist der Werktag maßgebend, der auf den aufgedruckten Ausgabetag derjenigen Nummer des Handelsamtsblattes folgt, in dem die Eintragung veröffentlicht wurde. Der Sinn dieser Bestimmung ist, Dritte vor dem Beginn der rechtlichen Wirksamkeit vom Eintrag zu benachrichtigen.

Die *nicht kaufmännische Prokura*, deren Eintrag konstitutive Wirkung hat, entsteht also im Innenverhältnis mit dem Eintrag ins Tagebuch. Der Handelsregisterführer hat die Anmeldung im Bereiche seiner Kognitionsbefugnis geprüft, und die Prokuraerteilung ist damit unter Vorbehalt der Genehmigung durch das eidg. Handelsregisteramt rechtliche Tatsache geworden. Gegen gutgläubige Dritte jedoch entfaltet die Prokura ihre Wirkung erst mit dem Tage, der auf ihre Veröffentlichung im Handelsamtsblatt folgt, d. h. nachdem sie allgemein bekannt geworden ist. Wenn Plangg ⁶⁾ auch für das Innenverhältnis die amtliche Bekanntmachung als maßgebenden Zeitpunkt betrachtet, so übersieht er dabei, daß die Veröffentlichung im Handelsamtsblatt lediglich zur Orientierung des Dritten dient. Im Innenverhältnis bedarf es aber keiner solchen Orientierung.

Anders verhält es sich mit dem Zeitpunkt der Entstehung der *kaufmännischen Prokura*. Hier hat ja der Eintrag nur deklaratorische Bedeutung, d. h. die kaufmännische Prokura ist schon vor dem Eintrag rechtsgültig. Dieser entspricht lediglich einer Ordnungsvorschrift. Im Innenverhältnis entsteht die Prokura mit der Erteilung der Vollmacht an den Prokuristen. Für das Außenverhältnis genügt jede beliebige Mitteilung an den Dritten, sei es durch Rundschreiben ⁷⁾, Inserat in der Zeitung oder durch sonstige Bekanntgabe.

3. Die negativen Publizitätswirkungen

Eintragungsbedürftige Tatsachen, die nicht ins Handelsregister eingetragen wurden, können dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden, da dieser zu keiner Erkundigung verpflichtet ist.

Bei der Prokura ist die negative Publizitätswirkung weniger bedeutsam. Einmal entsteht die kaufmännische Prokura ja schon vor dem Eintrag, mit der Erteilung der Vollmacht an den Prokuristen. Der Geschäftsherr haftet daher für alle Handlungen, die der Prokurist als solcher vor dem Eintrag unternommen hat. Ein Dritter, der sich auf das Vorhandensein einer Prokura beruft, hat deren Bestehen zu beweisen oder wenigstens den Beweis zu erbringen, daß er in guten Treuen deren Bestehen habe annehmen dürfen.

⁶⁾ Plangg 51.

⁷⁾ BGE 60 I 394.

Andererseits entsteht die nicht kaufmännische Prokura nur mit dem Handelsregistereintrag. Wurde dieser unterlassen, so ist die Prokura gar nicht gültig erteilt. Das Bestehen der Prokura kann also vorher gar nicht geltend gemacht werden.

4. Die positiven Publizitätswirkungen

Wurde eine Tatsache ins Handelsregister eingetragen, so ist sie damit jedermann zugänglich und es wird vorausgesetzt, daß auch jedermann sie kenne. Mit OR 933 wird dem Dritten die Einrede, er habe keine Kenntnis von der eingetragenen Tatsache gehabt, verwehrt.

Im Hinblick auf die Prokura bedeutet dies, daß der gutgläubige Dritte sich auf den gesetzlichen Umfang der Prokura verlassen kann, sogar dann noch, wenn der Prinzipal die Prokura bereits wieder entzogen hat, aber die Löschung im Handelsregister noch nicht eintragen ließ⁸⁾. Ausgenommen sind allerdings jene Fälle, in denen der Dritte bösgläubig ist, d. h. wenn er trotz dem Eintrag Kenntnis von der Unrichtigkeit des Eintrages hatte, bzw. um die Auflösung der Prokura weiß. Ist er nicht mehr gutgläubig, so kann er sich nicht mehr auf den Registereintrag berufen. In diesem Falle muß ihm aber der böse Glaube nachgewiesen werden.

5. Unterliegt der eingetragene Prokurist der Wechselbetreibung?

Der Prokurist wird ins Handelsregister eingetragen. Unterliegt er damit als Privatmann der Wechselbetreibung?

Der Wechselstrenge unterliegen alle Personen, die konkursfähig sind. Konkursfähig sind aber alle jene, die in einer in SchKG 39 aufgeführten Eigenschaften im Handelsregister eingetragen sind, wobei die Aufzählung von SchKG 39 als abschließend zu betrachten ist. Diese Personen unterliegen auch der Wechselstrenge für Schulden, die nicht aus dem Geschäftsbetrieb herrühren⁹⁾. Der Prokurist ist jedoch in SchKG 39 nicht aufgeführt, unterliegt somit der Wechselstrenge nicht. Diese Lösung ist befriedigend, da sich ja der Prokurist nicht für seine Person, sondern für den Prinzipal ins Handelsregister eintragen läßt¹⁰⁾.

Selbstverständlich gilt der Handelsregistereintrag auch für das Ausland¹¹⁾.

⁸⁾ Eine Erkundigungspflicht, ob die eingetragenen Tatsachen mit der Wirklichkeit immer noch übereinstimmen, kann dem Dritten nicht zugemutet werden. Vgl. BGE 33 II 611, 50 II 138.

⁹⁾ BGE 51 III 45.

¹⁰⁾ Gl. A. Vogel 23.

¹¹⁾ Über den Verkehrsschutz der Vertretung im internationalen Geschäftsverkehr vgl. Moser 26 ff.

3. Kapitel

Die Ausübung der Prokura

§ 6 Ausübung und Zeichnung

I. Allgemeines

Damit von einer Handlung als Prokurist gesprochen werden kann, muß der Prokurist 1. seinen Willen kund tun und 2. erkennbar ¹⁾ im Namen des Prinzipals handeln.

1. Der Prokurist nimmt durch seinen eigenen Willen ein Rechtsgeschäft für einen anderen vor, und unterscheidet sich damit vom Boten (nuntius), der nicht seinen eigenen Willen erklärt, sondern nur den seines Auftraggebers vermittelt.

Die Willenserklärung des Prokuristen kann einmal ausdrücklich erfolgen, z. B. durch Unterschreiben eines Vertrages, Bezahlen einer Sendung etc. Dann aber kann er den Willen auch durch konkludentes Handeln oder Unterlassen äußern. Der Prokurist empfängt und verbraucht unbestellte Ware, er unterläßt die Mängelrüge etc. Auch auf diese Weise kann er seinen Prinzipal vertreten, Voraussetzung ist allerdings, daß er auch zur positiven Vornahme jener Handlungen berechtigt gewesen wäre ²⁾).

Bei der Beantwortung der Frage nach evtl. Willensmängeln ist die Person des Vertreters maßgebend ³⁾. Da das Gesetz für die Prokura keine besonderen Regeln aufgestellt hat, gelten auch hier subsidiär die Grundsätze der allgemeinen Stellvertretung. Gemäß Repräsentationstheorie ⁴⁾ wird der Prinzipal durch einen Vertrag seines Prokuristen nicht gebunden, wenn sich dieser in einem wesentlichen Irrtum befand oder wenn der Vertrag unter Drohung, Zwang oder Täuschung abgeschlossen wurde.

Voraussetzung ist aber dabei, daß der Vertretene gutgläubig ist. So wird z. B. der Prinzipal, der sich auf den Irrtum des Prokuristen beruft, nicht befreit, wenn er dem Prokuristen Instruktionen erteilt hat, obschon er den wahren Sachverhalt kannte.

¹⁾ Mit der Ausnahme von OR 32 II.

²⁾ So Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 48 Anm. 18 und 19.

³⁾ v. Tuhr 338.

⁴⁾ Oser Art. 32 N 29.

Ebenfalls auf die Person des Vertreters wird beim Kennen oder Kennenmüssen von Mängeln abzustellen sein. Kannte z. B. der Vertreter den Mangel der gekauften Sache ⁵⁾, so kann der Prinzipal keine Wandlungs- oder Minderungsklage anstrengen. Ebensowenig kann sich der Geschäftsherr auf den Erwerb berufen bei Bösgläubigkeit des Prokuristen in Hinsicht des Eigentumserwerbes.

2. Handeln im Namen des Vertretenen

Die Prokura ist direkte Stellvertretung. Obschon der Vertreter das Rechtsgeschäft abschließt, treffen somit die Wirkungen den Vertretenen. Um den Dritten jedoch davon in Kenntnis zu setzen, daß der Prokurist nicht für sich, sondern für seinen Prinzipal abschließen will, hat er in unmißverständlicher Weise in fremdem Namen zu handeln, d. h. im Namen des Geschäftsherrn. Andernfalls würde er Gefahr laufen, selbst verpflichtet zu werden. Der Dritte muß auf jeden Fall erkennen können, daß der Prokurist die Rechtswirkungen nicht für sich, sondern für seinen Prinzipal eintreten lassen will.

Diese Erkenntnis kann der Dritte einmal daraus gewinnen, daß der Prokurist als solcher auftritt und mit einem die Prokura andeutenden Zusatz unterschreibt. Weiter kann der Dritte das Stellvertretungsverhältnis auch aus den Umständen ableiten, sei es, daß der Prokurist Geschäftspapier mit Aufdruck verwendet, sei es, daß das Stellvertretungsverhältnis aus dem Text des Vertrages hervorgeht. Im Zweifelsfall wird angenommen, der Prokurist habe für die Firma gehandelt, wenn er als Prokurist im Handelsregister eingetragen ist und als solcher immer abgeschlossen hat ⁶⁾. Der Dritte muß das Stellvertretungsverhältnis aus den Umständen erschließen können. War ihm dies möglich, so wurde damit den gesetzlichen Vorschriften ⁷⁾ Genüge getan, gleichgültig, ob der Dritte den entsprechenden Schluß gezogen habe oder nicht.

Keine Erkennbarkeit ⁸⁾, d. h. kein Handeln im Namen des Vertretenen ist nötig, wenn es dem Dritten gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag abschließt.

II. Schriftliche Ausübung, Art der Zeichnung

Der Prokurist ist Vertreter und hat im Namen des Prinzipals zu handeln. Dieses Handeln in fremdem Namen soll besonders auch dann zum Ausdruck kommen, wenn der Prokurist durch seine Unterschrift den Geschäftsherrn verpflichten will. Der Dritte muß aus der Unterschrift er-

⁵⁾ Düringer-Hachenburg, Vorbem. zu § 48 Anm. 15.

⁶⁾ SJZ 2 231; Tietze 923.

⁷⁾ ZGB 3 II.

⁸⁾ OR 32 II; Verkauf im offenen Laden.

kennen können, daß der Prokurist die Rechtswirkungen nicht für sich selber, sondern für seinen Prinzipal eintreten lassen will.

Oberster Grundsatz ist die Klarheit. Nur sie bietet die notwendige Sicherheit im Handelsverkehr. Es ist alles zu unterlassen, was eine Unklarheit hervorrufen könnte. Daher sollen auch die Vertretungsverhältnisse dem Dritten deutlich gemacht werden. Der Vertreter hat unmißverständlich im Namen des Vertretenen zu unterzeichnen.

Wie im einzelnen der Prokurist zu unterschreiben hat, bestimmt das Gesetz allerdings nicht ausdrücklich. In der Praxis sind denn auch verschiedene Arten gebräuchlich. In der Regel wird aber der Prokurist so unterzeichnen, wie er es beim Eintrag auf dem Handelsregisteramt zu tun hat ⁹⁾, wo Firma, ein die Prokura andeutender Zusatz und sein eigener Namenszug verlangt wird. Nur so erhält die Deponierung seiner Unterschrift auf dem Handelsregisteramt einen Sinn, indem den Dritten damit eine Vergleichsmöglichkeit geboten wird.

1. Was den *Firmennamen* anbetrifft, so kann er vom Prokuristen eigenhändig geschrieben oder durch einen Stempel ersetzt werden. Ja, er kann sogar fehlen, in diesem Falle muß es sich aber aus den Umständen ergeben, für wen sich der Prokurist verpflichten will, sei es, daß er Geschäftspapier mit Firmenaufdruck verwendet, sei es, daß der Name des Vertretenen im Vertragstext erwähnt wird. Eine Unterschrift, die nur den Firmennamen ohne Beifügung des Namens des Prokuristen enthält, wird dagegen nicht genügen ¹⁰⁾ ¹¹⁾.

2. *Der die Prokura andeutende Zusatz p. p.* kann vor oder hinter der Firma oder dem Namen des Prokuristen stehen. Wohl bestimmt das Gesetz, daß der Prokurist mit «p. p.» zu zeichnen habe, da diese Bestimmung indessen leider nur eine Ordnungsvorschrift ¹²⁾ ist, kann sie im Einzelfall evtl. weggelassen werden. Kann sich nämlich der Name des Vertretenen aus den Umständen ergeben, so trifft das Gleiche auch für das Vertretungsverhältnis zu. Daher kann der Zusatz dann fehlen, wenn der Dritte das Vertretungsverhältnis aus den Umständen ableiten kann. Auch hier wird es der Firmaaufdruck oder der Text des Schreibens sein, das dem Dritten diese Kenntnis vermittelt. Auch aus ununterbrochener Übung des Prokuristen, für seinen Prinzipal Geschäfte abzuschließen, kann das Stellvertretungsverhältnis hervorgehen.

3. Die *Unterschrift* des Prokuristen muß eigenhändig geschrieben werden. Ein Stempel genügt nicht. Es sind dabei zwei Möglichkeiten denk-

⁹⁾ HRV 105 II.

¹⁰⁾ Die Rekurskammer des Zürcher Obergerichts hat zwar in einem älteren Entscheid vom 31.3.1892 gegenteilig entschieden, vgl. BIHE 11 154.

¹¹⁾ Begründung vgl. S. 45 der Arbeit.

¹²⁾ Oser/Schönenberger Art. 458 N 28.

bar: Das Anführen des eigenen oder des fremden Namens, denn das Gesetz ¹³⁾ sagt nicht, mit welchem Namen der Prokurist zu unterzeichnen habe.

a) Üblicherweise unterschreibt der Prokurist mit seinem *eigenen Namen*. Welche Anforderungen sind an eine solche Unterschrift zu stellen?

Die Unterschrift ist ein mittels Schriftzeichen hergestellter Ausdruck der Persönlichkeit. Sie soll so geschrieben werden, daß der Dritte ohne erhebliche Zweifel erkennen kann, wer unterschrieben hat. Eine gültige Unterschrift besteht somit voraussetzungsgemäß aus Schriftzeichen und vom Dritten muß ohne erhebliche Zweifel ihr Urheber identifiziert werden können. Es dürfen somit keine Bildzeichen ohne weiteres als Unterschrift verwendet werden ¹⁴⁾. Aber auch die geschriebene Unterschrift soll wenigstens in ihren wesentlichen Teilen in Buchstabenform wiedergegeben werden. Eine unleserliche Unterschrift braucht zwar nicht von vornherein ungültig zu sein, sie ist es erst dann, wenn nicht einmal die notwendigen Bestandteile an Buchstaben erinnern, und der Dritte daher erhebliche Zweifel an der Identität der Person des Unterzeichners haben muß. Ob evtl. eine nur aus den Anfangsbuchstaben bestehende Unterschrift gelten kann, wird von Fall zu Fall verschieden sein und im allgemeinen von der Verkehrsübung abhängen. In der Regel bietet aber ein solcher »Crochet« nicht ein genügendes Identifikationsmittel und wird deshalb nur selten als rechtsgültige Unterschrift anerkannt werden ¹⁵⁾.

Eine Ausnahme von der Pflicht, persönlich zu unterzeichnen, bilden die Fälle, in denen im Handelsverkehr der Stempel üblich ist.

b) Der Prokurist unterschreibt *mit dem Namen des Vertretenen*. Leider besteht besonders auf dem Lande die Unsitte, mit dem Namen des Vertretenen zu unterzeichnen. Die Literatur ist darüber verschiedener Ansicht, die Gerichtspraxis jedoch wird eher die Tendenz haben, diese Art von Unterschrift anzuerkennen.

V. Tuhr ¹⁶⁾ ist der Meinung, daß eine solche Unterschrift nicht genüge. Nach einer unbefangenen Auslegung des Art. 14 I OR könne eigenhändig nichts anderes bedeuten, als eine Unterschrift, die der Träger des Namens selbst herstellt, d. h. eine Unterschrift mit dem Namen des Vertreters. Dies gilt umsomehr, als der neu aufgenommene Art. 14 I die Eigenhändigkeit besonders hervorhebt. «Die entgegenstehende Sitte,

¹³⁾ OR 14 I.

¹⁴⁾ Zeichen als Unterschrift müssen beglaubigt werden; vgl. BGE 45 II 138.

¹⁵⁾ So wurde mit Recht ein Rechtsöffnungsbegehren, das nur mit einem unleserlichen Anfangsbuchstaben unterzeichnet war, abgelehnt. Semjud 64 386.

¹⁶⁾ v. Tuhr 339.

oder richtiger Unsitte, sich bei der Unterschrift eines fremden Namens zu bedienen, sollte von den Gerichten nicht anerkannt, sondern bekämpft werden, weil sie zu Unklarheiten im Geschäftsverkehr verleiten und unkorrekte Handlungen fordert, welche sich dem strafrechtlichen Tatbestand der Fälschung nähern.»

Wieland ¹⁷⁾ läßt eine Unterschrift mit dem Namen des Vertretenen ebenfalls nicht gelten. Praktisch sei es bedenklich, weil sich die Echtheit der Unterschrift nicht beweisen lasse, theoretisch, weil der Vertreter und nicht der Vertretene der Erklärende sei. Ferner unterschreiben die vertretungsmächtigten Teilhaber, Kollektivgesellschafter und Kommanditgesellschafter eigenhändig, so daß es nicht angeht, daß ein Dritter, wie z. B. ein Prokurist, gleich unterschreibt wie sie ¹⁸⁾.

Schmid ¹⁹⁾ teilt ebenfalls diese Ansicht. OR 14 I hebe die Eigenhändigkeit hervor, und eine Unterschrift mit fremdem Namen genüge deshalb nicht. Der Hauptzweck der Unterschrift sei ja die Individualisierung der Autorenschaft und das Vermeiden der Verdunkelung des wahren Sachverhalts, zwei Forderungen, denen eine solche Unterschrift, die erst noch die Verkehrssicherheit gefährde, nicht genüge.

Anders beurteilt Oser ²⁰⁾ in seinem Kommentar die Frage. «Hätte der Gesetzgeber den vielfach eingebürgerten Gebrauch ausschließen wollen, so hätte er im Gesetz ausdrücklich dahingehende Vorschriften aufstellen müssen.» Da dies nicht der Fall ist, könne auch der Vertreter mit dem Namen des Vertretenen unterschreiben.

Gestützt auf diese Ansicht Osers entschied das aargauische Obergericht am 19.11.43 im Sinne der Zulassung ²¹⁾.

Der Ansicht Osers und damit der neueren Gerichtspraxis kann nicht beigeprlichtet werden. Die gegenteilige Lösung ergibt sich schon daraus, daß das Namensrecht ein Persönlichkeitsrecht ist, und man auf den Namen nicht verzichten kann.

aa) Das Namensrecht ist ein *Persönlichkeitsrecht*. Persönlichkeitsrechte sind Rechte, die in der Person selber liegen und die jeder Person wegen der ihre Persönlichkeit auszeichnenden Individualitätsmerkmale zustehen. Hafter ²²⁾ nennt sie die ureigensten Individualrechte. Persönlichkeitsrechte sind absolute Rechte. Sie sind unveräußerlich und können nicht Gegenstand einer Abtretung sein.

Ist nun ein Teilverzicht in bezug auf das Namensrecht möglich und kann es damit unter die Stellvertretung fallen?

¹⁷⁾ Wieland 364 Anm. 41.

¹⁸⁾ Wieland in ZSR 24 266.

¹⁹⁾ Schmid 83 ff.

²⁰⁾ Oser Art. 13 N 7.

²¹⁾ VAargR 43 Nr. 33 S. 106; im deutschen Recht RGZ 74 74.

²²⁾ Hafter Art. 27 N 2.

Das Namensrecht ist nur eines von vielen Persönlichkeitsrechten (Freiheit, Ehre, Körper), und doch erfährt es im Gesetz eine ausgedehnte Behandlung. Der Gesetzgeber muß das Namensrecht als ein äußerst wichtiges Persönlichkeitsrecht angesehen haben, denn seine Schutzbestimmungen sind sehr streng. Einmal ermöglicht er dem Namensträger eine Feststellungsklage auf die Anerkennung seines Namens und weiter schützt er ihn auch vor der Anmaßung Fremder²³⁾. Der Namensschutz wird speziell streng gehandhabt in den Bestimmungen über die Namensänderung²⁴⁾, wo der Gesuchsteller nur aus wichtigen Gründen den Namen ändern kann, und eine Klage allen jenen Personen zusteht, die sich durch diese Namensänderung verletzt fühlen. Schon aus diesen ausgedehnten Sicherungsbestimmungen ergibt sich, daß das Namensrecht als Ganzes kaum Gegenstand der Stellvertretung sein kann. Doch selbst wenn ein Teilverzicht möglich wäre, müßte er als ausgeschlossen zu betrachten sein. Das Namensrecht ist ein ausschließliches, absolutes Persönlichkeitsrecht. Könnte es abgetreten werden, so müßte an die Abtretung ein besonders strenger Maßstab angelegt werden. Als Voraussetzung der Abtretung wurde die Sittlichkeit genannt. Unter Sittlichkeit wird das verstanden, was dem Anstandsgefühl aller billig und recht Denkenden entspricht, ein Handeln also, das mit gesunden persönlichen und geschäftlichen Grundsätzen vereinbar ist. Eine für alle Fälle geltende Formel kann nicht gegeben werden, sondern der Richter hat in jedem Einzelfall nach freiem Ermessen zu prüfen. Sicher muß es nun gegen das Rechtsgefühl verstoßen, wenn jemand mit einem fremden Namen unterschreibt und sich damit eines fremden Individualisierungsmerkmals bedient. Der Unterschreibende täuscht den Vertragspartner mit einer fremden Unterschrift. In diesen Fällen greift der Prokurist nicht nur in die Persönlichkeitsphäre seines Prinzipals in einem wesentlichen Maße ein, sondern er verschleiert auch mit seiner Unterschrift die wahren Verhältnisse. Es bedeutet also einen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn der Prokurist etwas bestätigt, das nicht den Tatsachen entspricht und damit die Möglichkeiten für Fälschungen schafft.

bb) *Der Zweck der Unterschrift.* Auch dieser Weg schließt eine Unterschrift mit fremdem Namen aus. Der Zweck der Unterschrift ist ja die Festhaltung der Identität des Unterschreibenden. Mit der Unterschrift tritt der Unterzeichnende aus dem Kreise der Anonymität heraus, d. h. er will sich damit von den andern differenzieren. Da nun jeder Mensch wieder eine andere Schrift hat, ist die Unterschrift das beste und im Verkehr gebräuchlichste Mittel der Individualisierung. Durch eine Unterschrift teilt der Unterzeichnende mit, daß er mit dem Ver-

²³⁾ ZGB 29.

²⁴⁾ ZGB 30.

tragstext einverstanden sei und daß er damit sich selber oder den Vertretenen binden wolle. Unterschreibt der Vertreter, so muß der Dritte aus dieser Unterschrift die Gewißheit schöpfen können, daß 1. der Vertreter abschließt und 2. daß der Vertretene verpflichtet wird. Bei einem schriftlichen Vertrag erkennt er es daran, daß der Vertreter V mit seinem Namen V für den Prinzipal A unterschreibt. Der Name A muß ebenfalls dort stehen oder sich aus den Umständen ergeben. Unterschreibt V nur mit dem Namen des A, identifiziert er sich nicht mehr genügend, denn nicht nur irgendwelche persönliche Schriftzeichen bilden die Unterschrift, sondern der mit Schriftzeichen geschriebene eigene Name. Dem Dritten kann nicht zugemutet werden, nur auf Grund der Schrift den Vertreter als solchen zu erkennen, umsomehr als er eine solche Unterschrift prima vista für diejenige des Prinzipals halten muß. Es ist zu hoffen, daß das Urteil des aargauischen Obergerichts ²⁵⁾ ein Einzelentscheid bleibe, und daß in Zukunft eine solche Unterschrift nicht mehr zugelassen werde.

III. Die Wirkungen der Prokura

Die vom Vertreter abgeschlossenen Geschäfte wirken, sofern dieser im Rahmen seiner Vollmacht gehandelt hat, für und gegen den Vertretenen. Wie und was auch der Prokurist unter der erwähnten Voraussetzung abschließt, ist für den Prinzipal bindend, mag das Geschäft nun vorteilhaft sein oder nicht. So haftet der Geschäftsherr z. B. für die Einhaltung der Vertragsbedingungen, für Rat ²⁶⁾ oder Auskunft, die sein Prokurist erteilt hat.

Da der Vertretene durch Erteilung der Vollmacht nicht darauf verzichtet hat, das Geschäft evtl. selber vorzunehmen, kann es in gewissen Fällen zu Kollisionen kommen, nämlich dann, wenn beide in der gleichen Angelegenheit handeln. Auch hier fallen die Wirkungen der Handlungen des Vertreters auf den Vertretenen, mit andern Worten sie wirken so, wie wenn dieser sie selbst vorgenommen hätte, sie sind gleichwertig. Kollidieren nun zwei Handlungen, so hat die rechtliche Würdigung in dem Sinne zu erfolgen, als hätte der Vertretene beide Handlungen allein vorgenommen. Kauft der Vertretene beispielsweise 100 kg Kohle und der Prokurist aus Unwissenheit über diesen ersten Kauf ebenfalls, so gelten beide Verträge. Eine Berufung auf Irrtum ist nicht möglich, da kein wesentlicher Irrtum vorliegt. Oder stellen der Vertretene und der Prokurist für einen entlassenen Kassier einen neuen an, so sind beide Anstellungsverhältnisse gültig ²⁷⁾.

²⁵⁾ VAargR 43 Nr. 33 S. 106.

²⁶⁾ Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 48 ff. Anm. 13.

²⁷⁾ Über Kollisionsfälle vgl. Riezler 387.

Umfang und Beschränkung der Prokura

§ 7 Der Umfang der Prokura

I. Allgemeines

Durch die Erteilung der Prokura erhält der Prokurist eine beinahe unbegrenzte Vollmacht. Sie berechtigt ihn zur Vornahme der meisten der in Frage kommenden Rechtshandlungen, insbesondere zum Abschluß von Verträgen. Aber auch einseitige Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftsähnliche Handlungen darf er vornehmen. Hingegen in allen jenen Fällen, wo die Handlung einen sog. Realakt darstellen würde ¹⁾, d. h. bei Tathandlungen mit Wirkung für einen andern, z. B. Finden einer Sache, kann der Prokurist nicht vertreten. Ebenso ist die vertretungsweise Begehung von Delikten unmöglich, da diese keine Rechtshandlungen sind.

Das Gesetz umschreibt die Vollmacht des Prokuristen einerseits positiv durch OR 459 I: «Der Prokurist gilt gutgläubigen Dritten gegenüber als ermächtigt, den Geschäftsherrn durch Wechselzeichnungen zu verpflichten und in dessen Namen alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck des Gewerbes oder Geschäftes mit sich bringen kann.» Andererseits negativ durch OR 459 II: «Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis ausdrücklich erteilt worden ist.»

Für den Umfang der Vertretungsmacht ist die besondere Natur des *Geschäftsbetriebes des Prinzipals* maßgebend ²⁾. Der Prokurist kann nur gerade Handlungen vornehmen, die der Geschäftsbetrieb seines Prinzipals mit sich bringt, da er auch für dieses Geschäft die Prokura erhalten hat. Besitzt der Geschäftsherr noch andere Unternehmungen, so kann der Prokurist für diese nicht rechtsgültig handeln, da er nur für den einen Betrieb, nicht aber auch für die anderen die Prokura erhalten hat. Innerhalb dieses also beschränkten Rahmens ist nun aber der Prokurist

¹⁾ Vgl. dazu Oser Vorbem. zu Art. 32—44 N 14 d.

²⁾ Dies steht im Gegensatz zum deutschen Recht, wo der Prokurist nicht nur Handlungen des einen bestimmten Geschäftes vornehmen kann, sondern die, die der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Vgl. Thöl 183: «Ein Weinhändler, von der Reise zurückgekehrt, kann sich als Bankier wiederfinden.»

ermächtigt, überhaupt alle Arten von Rechtshandlungen vorzunehmen³⁾, die der Zweck des Geschäftes oder des Gewerbes mit sich bringen kann. Zunächst bedeutet dies einmal die Berechtigung zu allen Handlungen, die die Führung des Geschäftes für gewöhnlich mit sich bringt. Weiter fällt aber — und dies im Gegensatz zur Handlungsvollmacht — die *Vornahme aller außergewöhnlichen Geschäfte*, die im Zweck des Geschäftes oder Gewerbes des Prinzipals überhaupt nur irgendwie begründet sind, darunter. Allerdings müssen sie immer noch im Rahmen des Geschäftsbetriebes des Prinzipals liegen. Nach einem Bundesgerichtsentscheid⁴⁾ besteht deshalb die Vertretungsbefugnis für jede Rechtshandlung, die auch nur möglicherweise im Geschäftszweck liegt, d. h. durch ihn nicht geradezu ausgeschlossen ist.

II. Einzelne Rechtshandlungen, die in den Bereich der Prokura fallen

Bei der Entscheidung der Frage, ob der Prokurist eine Rechtshandlung gültig vornehmen kann, sind folgende Punkte zu berücksichtigen:

1. Fügt sich die Handlung in den Rahmen des Geschäftsbetriebes des Prinzipals?
2. Ist die Vornahme der Rechtshandlung durch den Zweck des Betriebes gerechtfertigt?
3. Ist sie vom Gesetz nicht ausdrücklich verboten?

Im Folgenden sollen nun einige Rechtshandlungen aufgezählt werden. Selbstverständlich kann es sich dabei nicht um eine erschöpfende Aufzählung handeln, sind doch die Geschäfte, die der tägliche Verkehr mit sich bringt, so vielgestaltig, daß das Aufstellen eines lückenlosen Kataloges unmöglich ist⁵⁾.

Zunächst einmal ist der Prokurist zu allen Handlungen berechtigt, die die Bestellung von Waren, ihre Herstellung oder ihren Verkauf bezwecken. In der Höhe der Verpflichtungen sind ihm dabei keine Grenzen gesetzt, es kann jedoch dem Dritten evtl. die Gutgläubigkeit abgesprochen werden, wenn dieser mit dem Prokuristen ein übermäßig großes Geschäft abschließt, bei dem er genau weiß, daß es gegen den Willen des Prinzipals verstößt. Weiter kann der Prokurist beispielsweise durch Unterlassen der

³⁾ Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Handlung noch im Bereiche des Geschäftszwecks liegt, wird man aus Gründen der Rechtssicherheit nicht auf den konkreten, sondern auf den objektiven Zweck abzustellen haben.

⁴⁾ BGE 38 II 105; Weiß Entsch. 5791.

⁵⁾ Die folgenden Beispiele sind zum Teil entnommen aus Becker Art. 459 N 5; Oser/Schönenberger Art. 459 N 5.

Mängelrüge schadhafte Ware annehmen, zur Bezahlung Kredite erwirken, Darlehen aufnehmen gegen Wechselakzepte, Vergleiche abschließen, den Preis kreditieren, auf Restzahlung verzichten, Kauf- und Verkaufsverträge abschließen und dabei Schiedsgerichte vorsehen und den Gerichtsstand ⁶⁾ bestimmen.

Was das Personal anbetrifft, so kann er künden und neu anstellen, Urlaub erteilen, im Namen der Firma Zeugnisse ausstellen und Gehaltszulagen bewilligen. Auch ist er berechtigt, Handlungsbevollmächtigte zu ernennen. Ferner kann er bestehende Arbeitsverträge abändern und neue Instruktionen erteilen. Schließlich kann er auch Auskunft über Angestellte und Kunden geben.

Für die Firma kann er Mietverträge als Mieter oder Vermieter abschließen. Er kann Bauprojekte ausarbeiten lassen, den Geschäftsbetrieb erweitern oder einschränken, den Sitz des Geschäftes verlegen und Zweigniederlassungen gründen oder schließen ⁷⁾, die Firma an Geschäften beteiligen, Aktien zeichnen ⁸⁾ und für den Prinzipal in eine Genossenschaft ein- oder austreten. Er kann sogar Fabrikinventar verkaufen, sofern ein solcher Verkauf in den Rahmen der Erneuerung der Fabrik fällt, und Teilausverkäufe anordnen. Er kann Verträge mit Arbeitgebern zum Zwecke gemeinsamen Vorgehens gegen die Arbeitnehmer abschließen, ferner Steuererklärungen einreichen und Steuerrekurs ergreifen ⁹⁾, und schließlich Auskunft über die Kreditwürdigkeit von Kunden und Angestellten erteilen.

Zu *Schenkungen* ist er nur befugt, sofern sie durch den Geschäftszweck begründet sind. Darunter fallen einmal alle Gratifikationen an Angestellte, Neujahrs- und Weihnachtsgeschenke, Jubiläumsgaben anlässlich von Dienst- und Geschäftsjubiläen an Angestellte und Werbegeschenke an die Kunden. Ebenfalls wird der Prokurist Gratifikationen bewilligen können. Alle Gaben aber, die nicht irgendwie mit dem Zweck des Geschäftsbetriebes zusammenhängen, kann er nur als Privatmann, nicht aber infolge seiner Vertretungsmacht schenken, so z. B. Hochzeitsgeschenke an eigene Verwandte.

Zu den im Rahmen der Prokura liegenden Handlungen, wenn auch zu den außergewöhnlichen, gehören auch die *Prozeßführung*, die Stellung von Strafanträgen und die Klageerhebung. Dies ergibt sich einerseits aus der Umschreibung der Vertretungsmacht in OR 459 und andererseits daraus, daß im Gegensatz zum Prokuristen dem Handlungsbevollmächtigten die Prozeßführung ausdrücklich verboten ¹⁰⁾ wird. Der

⁶⁾ BIZR 49 Nr. 24 S. 46 ff.

⁷⁾ Beck'sche K.K. § 49 2 A.

⁸⁾ Staub § 49 Anm. 1.

⁹⁾ Tietze 922.

¹⁰⁾ Es sei denn, er erhalte eine spezielle Vollmacht OR 462.

Prokurist bedarf daher zur Prozeßführung keiner speziellen Vollmacht, da diese bereits in der allgemeinen Ermächtigung von OR 459 enthalten ist. Wenn auch die kantonalen ¹¹⁾ Rechte evtl. eine solche spezielle Vollmacht verlangen, so wäre diese Vorschrift bundesrechtswidrig ¹²⁾. Ein Prozeß muß allerdings in Verbindung mit dem Geschäftsbetrieb stehen. So ist der Prokurist befugt, eine Nichtigkeitsklage zu unterschreiben und ein kaufmännisch gebildeter Prokurist kann eine Gerichtsstandsklausel auf einem Dokument anbringen ¹³⁾. Bei der Stellung von Strafanträgen ist in jedem Fall zu untersuchen, ob damit entsprechende Interessen des Geschäftes verfolgt werden.

Laut positiver gesetzlicher Bestimmung ¹⁴⁾ kann der Prokurist seinen Prinzipal durch *Wechselunterschrift* verpflichten. Im konkreten Fall dürfte aber dabei der Entscheid, ob die Ausstellung des Wechsels im Geschäftszweck liege oder nicht, schwer zu treffen sein, da der Wechsel eine abstrakte Verpflichtung darstellt. Darum ist mit Becker ¹⁵⁾ anzunehmen, daß jede Wechselunterschrift gegenüber gutgläubigen Dritten den Geschäftsherrn verpflichtet. Entsprechend den bereits erfolgten Ausführungen ¹⁶⁾ hat der Prokurist auch den Wechsel mit seinem eigenen Namen und nicht mit dem des Prinzipals zu unterzeichnen. Das Erfordernis der persönlichen Unterschrift geht auch aus den besonders strengen Vorschriften bezüglich des Wechsels hervor, wo eine Unterschrift des Prokuristen mit dem Namen des Prinzipals besonders stoßend und der Verkehrssicherheit zuwider wäre.

Da der Prokurist für seinen Prinzipal jede Art von Verbindlichkeit übernehmen kann, so steht auch der Übernahme einer *Bürgschaft* oder *Garantieverpflichtung* ¹⁷⁾ in dieser Hinsicht nichts im Wege. Nach dem neuen Bürgschaftsrecht ¹⁸⁾ bedarf jedoch der Bürge für die Eingehung einer rechtsgültigen Bürgschaft der Zustimmung seines Ehegatten, falls er nicht unter die in OR 494 II genannten Personen fällt. Geht aber der Prokurist als Vertreter des Prinzipals für diesen eine Bürgschaft ein, so treffen die Wirkungen dieser Bürgschaft ja nicht ihn, sondern den Vertretenen. Der Prokurist bedarf folglich bei der Eingehung einer Bürgschaft für den Geschäftsherrn nicht der Zustimmung seines eigenen Ehegatten, sondern derjenigen des Prinzipals, da hier sinngemäß nur die Zustimmung des betroffenen Ehegatten gefordert werden kann.

¹¹⁾ Zürich ZPO 50.

¹²⁾ Gl. M. Becker Art. 459 N 1.

¹³⁾ SJZ 44 191; ZBJV 85 505; AG 20 185, 22 202; BIZR 49 Nr. 24 S. 47.

¹⁴⁾ OR 459 I.

¹⁵⁾ Becker Art. 459 N 8.

¹⁶⁾ Vgl. S. 44 ff. der Arbeit.

¹⁷⁾ BGE 38 II 105.

¹⁸⁾ OR 492 ff.

Anders verhält es sich natürlich, wenn der Prokurist für sich selber eine Bürgschaft eingeht. Hier sind nun die verstärkten Formvorschriften, die für die Bürgschaft einer verheirateten Person bei jedem Güterstand die Zustimmung des Ehegatten verlangen, zu beachten. Diese Bestimmung¹⁹⁾ dient dem Schutz der Familie, der Frau und im besonderen der Erhaltung des ehelichen Vermögens. Eine Ausnahme dieser Bestimmung bilden lediglich die Fälle, in denen der Bürge durch richterliches Urteil von seinem Ehegatten getrennt, oder in einer in OR 494 II aufgezählten Eigenschaft im Handelsregister eingetragen ist. Diese Aufzählung von OR 494 II ist abschließend. Da der Prokurist darin nicht genannt wird, bedarf er somit beim Abschluß einer Bürgschaft der Zustimmung seines Ehegatten. Im Falle des Prokuristen bei einer AG. entstanden aber doch Meinungsverschiedenheiten. Das Gesetz führt in OR 494 II nämlich auch «Mitglieder der Verwaltung oder Geschäftsführung einer AG.» auf, und es fragt sich nun, ob der Prokurist zu den «Mitgliedern der Geschäftsführung» gehört.

H. Zimmermann²⁰⁾ ist hier der Ansicht, daß auch der Prokurist einer AG. unter die in OR 494 II genannten Mitglieder der Geschäftsführung einer AG. zu subsumieren sei. Häufig stünden ja einer AG. Prokuristen als Geschäftsführer vor. Das Kriterium von OR 494 II sei ein rein formales, nämlich der Handelsregistereintrag; es werde keine Unterscheidung getroffen nach der tatsächlichen Prominenz der an der Geschäftsführung und Vertretung teilnehmenden und im Handelsregister eingetragenen Personen. Zimmermann stützt seine Ansicht auf einen Vergleich mit dem französischen und dem italienischen Gesetzestext, die lauten: «Administrateur ou directeur d'une S.A.» und «amministratore o direttore di una società anonima».

Anderer Ansicht ist Oser/Schönenberger²¹⁾. Das Gesetz unterscheide in OR 494 II rein formal darnach, ob jemand in einer ganz bestimmten Eigenschaft im Handelsregister eingetragen sei. Da nun aber der Prokurist, derjenige einer AG. allerdings ausgenommen, nicht zu diesen Eingetragenen gehöre, sei nicht einzusehen, warum gerade in bezug auf ihn eine Ausnahme gemacht werden solle, auch in Fällen, wo sich der Prokurist Direktor nenne und die tatsächliche Geschäftsführung inne habe, sei er nicht Geschäftsführer im Sinn von OR 494, denn als solcher komme nur in Betracht, wer von der Generalversammlung oder der Verwaltung hiezu bestimmt worden sei. Zudem erweise sich ja deutlich aus dem französischen Text, daß unter Geschäftsführung nur der Direktor verstanden werden solle.

¹⁹⁾ OR 494 I.

²⁰⁾ SJZ 39 123.

²¹⁾ Oser/Schönenberger Art. 494 N 11.

Zu diesen Urteilen in der Literatur besteht leider noch keine Gerichtspraxis, doch ist wohl mit Oser/Schönenberger anzunehmen, daß sich auch der Prokurist einer AG. nur mit Zustimmung seiner Ehegattin verbürgen kann. In der Tat besteht kein Grund dazu, den Prokuristen einer AG., und nur gerade ihn, einer besonderen Regelung zu unterwerfen. Dieses Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten wurde vom Gesetzgeber eingeführt, um die Eingehung einer Bürgschaft zu erschweren. Man soll sich über die Tragweite der Verpflichtung genau Rechenschaft geben. Es handelt sich hier um eine Schutzbestimmung, von der nur solche Personen, die in einer in OR 494 II aufgezählten Funktion im Handelsregister eingetragen sind, von denen man also annehmen kann, daß sie über eine gewisse Rechtskenntnis verfügen und sich der Folgen einer solchen Bürgschaftsverpflichtung ohnehin bewußt sind, ausgenommen sind.

Entsprechend dem Sinn des neuen Bürgschaftsrechtes, das überall Erschwerungen bei der Eingehung von Bürgschaften vorsieht, wird diese Bestimmung eher restriktiv auszulegen sein. An sich wird man zwar annehmen können, daß ein Prokurist über die nötige Erfahrung und Kenntnis in Rechtsdingen verfüge, um sich der Tragweite einer Bürgschaft bewußt zu sein. Da nun aber das Gesetz in OR 494 II die Prokuristen ausschließt, ist die Ausnahmestellung des Prokuristen einer AG. in keiner Weise berechtigt, noch begründet.

III. Die der Prokura entzogenen Geschäfte und Rechtshandlungen

1. Die nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung ausgeschlossenen Geschäfte und Rechtshandlungen

a) *Die Veräußerung und Belastung von Grundstücken.* OR 459 II verbietet dem Prokuristen die Veräußerung und Belastung von Grundstücken, sofern er nicht eine ausdrückliche Bewilligung dazu hat. Unter den Begriff der Grundstücke fallen alle Rechte, die im Grundbuch als Grundstücke eingetragen werden ²²⁾. Solche Rechte sind Liegenschaften, selbständige und dauernde Rechte an Grundstücken und Bergwerke ²³⁾. Verboten sind somit dem Prokuristen Verkauf, Tausch und Schenkung von Grundstücken, ferner das Versprechen zur Einlage in ein Geschäft und das Einräumen von Kaufs- und Vorkaufsrechten an ihnen ²⁴⁾. Selbstverständlich sind dem Prokuristen im Zusammenhang mit Grundstücken neben den dinglichen Verträgen auch alle obligatorischen verwehrt, auch dann, wenn sie im Grundbuch nicht vorgemerkt werden ²⁵⁾.

²²⁾ Becker Art. 459 N 11.

²³⁾ ZGB 943.

²⁴⁾ Oser/Schönenberger Art. 459 N 5.

²⁵⁾ Tietze 915.

Sonst könnte im Widerspruch zur *ratio legis* einfach auf diesem indirekten Wege die Wirkung, die der Gesetzgeber ausschließen wollte, herbeigeführt werden. Schließt aber der Prokurist trotzdem einen solchen Vertrag ab, so wird nur die Gegenpartei verpflichtet, während es dem Prinzipal frei steht, das Geschäft nachträglich zu genehmigen ²⁶⁾).

Unter den Begriff der Veräußerung gehört im übrigen auch die Einräumung von Miteigentum ²⁷⁾).

b) *Die Belastung von Grundstücken.* Unter den gesetzlichen Begriff der Belastung von Grundstücken fällt jede dingliche Belastung, also Grunddienstbarkeiten (Nutznießung ZGB 745 ff., Wohnrecht ZGB 776 ff., Baurecht ZGB 779, Quellenrecht ZGB 780), Grundlasten ZGB 782 ff., Grundpfänder (Grundpfandverschreibung ZGB 824 ff., Schuldbrief und Gült ZGB 842 ff.). Nach heutiger Lehre ²⁸⁾ ist dabei nicht nur die Begebung, sondern auch die Errichtung von Inhabertiteln verboten. Somit kann der Prokurist auch keine Pfandverträge und Schuldbriefe zu Lasten der von ihm vertretenen Firma unterschreiben ²⁹⁾. Diese Lösung wird auch dem Zweck der Vorschrift am ehesten gerecht.

c) *Durch den Gesetzestext nicht ausgeschlossen.* Der Prokurist kann Grundstücke vermieten und verpachten ³⁰⁾, da es sich dabei um obligatorische Rechtsgeschäfte ohne dingliche Wirkung handelt. Auch kann er Grundstücke kaufen, seien sie auch evtl. schon belastet. Beim Kauf für eine Einzelfirma ist jedoch nicht sie selbst, sondern ihr Inhaber mit seinem persönlichen Namen im Grundbuch als Eigentümer einzutragen ³¹⁾. Wie verhält es sich beim Kauf eines Grundstückes, an dem sich der Verkäufer ein dingliches Recht vorbehält (Weidgerechtigkeit, Quellenrecht, Hypothek etc.) oder der Prokurist das Grundstück beim Erwerb belastet? Eigentlich läge auch hier eine Belastung des Grundstückes vor. Doch kann es kaum im Sinne des Gesetzes liegen, dieses Geschäft von der Vertretungsmacht des Prokuristen auszuschließen. Der rechtliche Charakter als Erwerbsgeschäft bleibt ja auch hier bestehen ³²⁾, der Prokurist erwirbt somit das Grundstück *deducto jure alieno* ³³⁾, d. h. in diesem Falle das Grundstück abzüglich eines bestimmten Teiles, verkörpert in einem dinglichen Recht am Grundstück. Es handelt sich hier also um einen beschränkten oder belasteten Erwerb ³⁴⁾. Der Prokurist muß dem-

²⁶⁾ Becker Art. 459 N 11.

²⁷⁾ Staub § 49 Anm. 2; Calmon 15.

²⁸⁾ Becker Art. 459 N 12; Oser/Schönenberger Art. 459 N 5; Tietze 915.

²⁹⁾ ZBGR 5 75.

³⁰⁾ Becker Art. 459 N 13.

³¹⁾ ZBGR 8 151/2.

³²⁾ Becker Art. 459 N 13.

³³⁾ Tietze 915.

³⁴⁾ Düringer-Hachenburg § 49 Anm. 6.

nach auch befugt sein, eine Rest-Kaufhypothek nach ZGB 837 zu errichten ³⁵⁾, da ja nur im seltensten Fall der Erwerb eines unbelasteten Grundstückes erfolgt und es ihm somit ohne die Institution von ZGB 837 praktisch unmöglich wäre, Grundstücke außer mit voller Bezahlung zu erwerben. Kann der Prokurist den Kaufpreis in bar entrichten, so sollte ihm die Möglichkeit offen stehen, einen Teil davon in Form einer Hypothek zu begleichen.

Selbstverständlich kann der Prokurist ein dem Prinzipal gehörendes Grundstück entlasten und die darauf eingetragenen Dienstbarkeiten ablösen ³⁶⁾.

d) *Die Ermächtigung zu den in OR 459 II ausgeschlossenen Geschäften.* Soll der Prokurist Grundstücke verkaufen oder belasten können, so muß er durch eine unzweideutige Erklärung dazu ermächtigt sein. Die Form dieser Ermächtigung ist im übrigen frei, allerdings mit der Einschränkung, daß es sich um eine ausdrückliche Willenserklärung handeln muß. Schriftliche Erteilung ist deshalb nicht nötig, ja, eine Ermächtigung kann schon in der Erteilung des Auftrages liegen ³⁷⁾. In der Erteilung der Prokura an einen Angestellten eines Liegenschaftshandelsgeschäftes als solcher kann hingegen noch keine solche Ermächtigung gesehen werden ³⁸⁾, da sie ja ausdrücklich erfolgen sollte, und der Aufgabenkreis eines solchen Prokuristen den Kauf von Immobilien nicht unbedingt zu umfassen braucht.

Die Ermächtigung kann generell oder durch Spezialvollmacht für den einzelnen Fall erfolgen. Sie kann mit der Erteilung der Prokura oder nachträglich gegeben werden. Die Ermächtigung wird als eine Erweiterung der Prokura aufgefaßt ³⁹⁾, sie bildet also einen möglichen Bestandteil derselben. So wie die Prokura einzutragen ist, so ist es auch ihre Erweiterung. Allerdings kommt dem Eintrag nur deklaratorische Wirkung zu und ist nicht konstitutive Voraussetzung ⁴⁰⁾.

2. Handlungen, die dem Sinn des Gesetzes nach dem Prokuristen verwehrt sind

a) *Handlungen, die nicht im Zweck des Handelsgeschäftes liegen.* Ist der Prokurist einerseits zu allen Rechtshandlungen befugt, die der Zweck

³⁵⁾ A. A. Thomas 31; Cosack 7. A. 101.

³⁶⁾ Oser/Schönenberger Art. 459 N 5.

³⁷⁾ Oser/Schönenberger Art. 459 N 6; Becker Art. 459 N 14.

³⁸⁾ Calmon 17.

³⁹⁾ Diese Erweiterung ist keine Handlungsvollmacht, so: Düringer-Hachenburg § 49 Anm. 7, Staub § 49 Anm. 3; a. A. Thomas 34; Klein 42.

⁴⁰⁾ Oser/Schönenberger Art. 459 N 6.

des Geschäftes oder des Gewerbes mit sich bringt, schließt dies andererseits aus, daß alle jene Handlungen in den Rahmen der Prokura fallen, die ihrer Art nach außerhalb des Geschäftsbetriebes liegen und in keiner Beziehung dazu stehen.

Alle Geschäfte, die dem Handelsbetrieb des Prinzipals wesensfremd sind, hat somit der Prokurist zu unterlassen. Darunter fallen einmal alle Vertretungen in Geschäften des Familien- und Erbrechts, z. B. Abschluß von Erbverträgen, Annahme und Ausschlagen von Erbschaften, Auftreten als Testamentsvollstrecker etc. Insbesondere ist ihm jedes Handeln im Privatleben des Geschäftsherrn untersagt. Er darf beispielsweise nicht über dessen Privatkonto verfügen oder Einkäufe für dessen Privathaushalt besorgen, noch den Sohn des Prinzipals in ein Institut unterbringen ⁴¹⁾ oder dessen Tochter eine Aussteuer kaufen.

Das Angliedern einer neuen Geschäftsbranche im Sinne einer Erweiterung des alten Geschäftes kann sehr wohl noch den alten Geschäftszweck befördern, die Transformierung des Geschäftes in ein völlig branchenanderes bedeutet aber mit der Aufgabe der alten Branche sicher auch eine Aufgabe des bestehenden Geschäftszweckes ⁴²⁾.

Offensichtlich gehören alle jene Handlungen nicht zum Zweck der Unternehmung, die auf ihr Ende gerichtet sind. Der Prokurist kann somit den Betrieb nicht verkaufen, auflösen, liquidieren, oder die Gesellschaft löschen. Da der Prokurist nicht befugt ist, einen Prokuristen zu ernennen, so kann er sich noch weniger einen neuen Prinzipal schaffen. Es muß ihm daher verwehrt sein, neue Gesellschafter aufzunehmen oder den alten zu kündigen. Er darf die Gesellschaftsform der Unternehmung nicht ändern und keine neue Firma gründen. Er darf seinen Prinzipal auch nicht als Kollektiv- oder Kommanditgesellschaftler an einer andern Unternehmung beteiligen. Ebensowenig ist er befugt, eine Stiftung zu errichten, denn das wäre die Gründung einer neuen, selbständigen juristischen Person ⁴³⁾.

b) *Handlungen, bei denen eine Vertretung unmöglich ist.* Das sind vor allem einmal jene Handlungen, die von Gesetzes wegen keine Vertretung zulassen ⁴⁴⁾. Im weitern fallen alle jene Handlungen darunter, bei denen ein persönliches Handeln des Prinzipals unerläßlich ist, wie bei familienrechtlichen Klagen; ferner solche Handlungen, die der Vollmachtgeber weder selbst noch sein Vertreter gültigerweise vornehmen

⁴¹⁾ Oser/Schönenberger Art. 459 N 4.

⁴²⁾ Anders im deutschen Recht, vgl. Tietze 918.

⁴³⁾ ZBGR 29 257 verbietet ihm die Errichtung einer Stiftung, allerdings mit einer etwas anders lautenden Begründung: «Die Errichtung einer Personalfürsorgestiftung gehört offenbar nicht zum Geschäftszweck.»

⁴⁴⁾ Adoption, Eidesleistung, Eheschließung.

könnte, z. B. Handlungen, die nach ZGB 421 der vormundschaftlichen Zustimmung bedürfen.

c) *Die Frage des Selbstkontrahierens des Vertreters.* Im Gesetz findet sich weder bei der Prokura noch bei der Stellvertretung eine Bestimmung darüber, ob der Vertreter mit sich selber Geschäfte abschließen darf oder nicht ⁴⁵⁾. Nach ständiger Bundesgerichtspraxis ⁴⁶⁾ ist jedoch ein Selbstkontrahieren des Stellvertreters grundsätzlich verboten. Diese Stellungnahme ist richtig, denn nur so wird der Prinzipal vor der Ausnützung seiner Machtstellung durch den Prokuristen geschützt. Dazu kommt noch, daß es weder dem internen Pflichtenkreis des Vertreters, noch dem Willen des Prinzipals entsprechen kann, daß der Prokurist Geschäfte mit sich selbst abschließt, um sich damit persönliche Vorteile auf Kosten seines Geschäftsherrn einzuräumen. Deshalb untersteht der Prokurist ja auch einem Konkurrenzverbot.

Von diesem grundsätzlichen Verbot des Selbstkontrahierens sind allerdings jene Fälle ausgenommen, wo der Abschluß den Grundsätzen von Treu und Glauben entspricht, oder wo dem Vertreter das Selbstkontrahieren ausdrücklich gestattet wurde.

aa) Handeln im Rahmen von Treu und Glauben ⁴⁷⁾. Der Vertreter handelt dann im Rahmen von Treu und Glauben, wenn jede Interessenkollision mit dem Prinzipal vermieden wird und dieser beim Abschluß des Geschäftes keinerlei Gefahr läuft, übervorteilt zu werden. In diesen Fällen ist ein Selbstkontrahieren des Vertreters statthaft. Er hat jedoch das Fehlen jedes Interessenkonfliktes nachzuweisen ⁴⁸⁾.

bb) Die Erlaubnis zum Selbstkontrahieren. Der Vertretene kann dem Prokuristen gestatten, für sich selber Geschäfte ⁴⁹⁾ zu tätigen und damit das Verbot des Selbstkontrahierens aufheben. Die Zustimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Handelt der Vertreter ohne Zustimmung, so kann der Vertretene das Geschäft nachträglich genehmigen.

Ohne jede besondere Zustimmung wird das Selbstkontrahieren dort gestattet, wo es durch die allgemeinen Geschäftsgepflogenheiten Usanz geworden ist. Vielerorts ist es nämlich die Regel, daß Vertreter und Angestellte ihren Eigenbedarf an Waren zu einem reduzierten Preis aus dem geschäftseigenen Lager decken können.

⁴⁵⁾ Anders im deutschen Recht, wo § 181 BGB ein Selbstkontrahieren des Vertreters verbietet.

⁴⁶⁾ BGE 39 II 568, 63 II 174; a. A. SJK 283 C 2 a.

⁴⁷⁾ ZGB 2.

⁴⁸⁾ Rep 76 134.

⁴⁹⁾ Es kann sich hier natürlich nur um Geschäfte handeln, die im Geschäftsbereich des Prinzipals liegen, denn zu Handlungen außerhalb dieses Kreises ist der Prokurist jederzeit berechtigt.

§ 8 Die Beschränkbarkeit der Prokura

I. Allgemeines

Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal der Prokura von der Handlungsvollmacht ist ihre Unbeschränkbarkeit gegenüber gutgläubigen Dritten ¹⁾. Dieser Grundsatz der sachlichen Unbeschränkbarkeit ist in OR 460 III niedergelegt. Die Prokura kann nur ganz oder dann gar nicht erteilt werden ²⁾. Jeder, der mit einem Prokuristen ein Geschäft abschließt, soll genaue Kenntnis seiner Vertretungsmacht besitzen und sich darauf verlassen können, daß das einmal abgeschlossene Geschäft gleichermaßen gilt, wie wenn er es mit dem Prinzipal selbst abgeschlossen hätte. Nur so erfüllt die Prokura die Forderungen der Verkehrssicherheit.

Das Gesetz bestimmt einerseits positiv, was der Prokurist tun darf, anderseits negativ, was er zu unterlassen hat. Die Gesamtheit dieser Vorschriften bestimmt den Umfang der Prokura. Eine Beschränkung dieses Umfangs ist gegenüber gutgläubigen Dritten nicht möglich. Wenn das Gesetz daher von Beschränkungen spricht, so sind damit eigentlich die negativen Begriffsmerkmale der Prokura gemeint ³⁾. Klein führt diese terminologische Ungenauigkeit darauf zurück, daß die Befugnisse des Prokuristen mit denen des Geschäftsherrn verglichen als die beschränkteren befunden werden.

II. Beschränkungen nach außen

Das Prinzip der sachlichen Unbeschränkbarkeit kann nur gutgläubigen Dritten gegenüber, also im Außenverhältnis, aufrecht erhalten werden ⁴⁾. Dem gutgläubigen Dritten gegenüber muß jede Beschränkung unwirksam sein. Insbesondere sind nach Oser/Schönenberger ⁵⁾ Beschränkungen, die sich nur auf gewisse Geschäftszweige oder Arten von Geschäften oder auf einen bestimmten Geldwert oder auf einen bestimmten Ort begrenzt sind, unmöglich. Auch die Vorschrift, daß der Prokurist einmal als Einzelprokurist und bei gewissen Geschäften zusammen mit einem Kollektivprokuristen zu unterzeichnen habe, ist ungültig.

¹⁾ Es ist eine irrige Ansicht, der Unterschied bestehe im größeren Umfang der Vertretungsmacht der Prokura, denn der Umfang der Vertretungsmacht der Handlungsvollmacht kann u. U. über den der Prokura hinausgehen. Vgl. RGZ 90 299.

²⁾ Tietze 919.

³⁾ Klein 34/5.

⁴⁾ Anders im deutschen Recht, wo eine Beschränkung auch gegenüber Bösgläubigen ungültig ist. Vgl. RGZ 57 391; Tietze 919; Düringer-Hachenburg § 50 Anm. 1; Staub § 50 Anm. 2.

⁵⁾ Oser/Schönenberger Art. 460 N 2.

Anders verhält es sich, wenn der Dritte bösgläubig ist, d. h. wenn er auf irgend eine Art und Weise von der Beschränkung Kenntnis hatte oder nach der von den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit Kenntnis haben mußte ⁶⁾). In solchen Fällen wird der Geschäftsherr nicht verpflichtet. Bösgläubigkeit liegt auch vor, wenn der Dritte einen Mißbrauch der Vollmacht erkennen oder sonst irgendwie ernstlich Verdacht hinsichtlich der Befugnisse des Vertreters schöpfen mußte. Die Verdachtsmomente müssen hier aber von Anfang an vorliegen ⁷⁾).

Der gute Glaube wird einerseits zerstört durch Handelsregistereintrag, andererseits durch die tatsächliche Kenntnis der mangelnden Vertretungsbefugnis im konkreten Fall. Da eine Prokura nicht beschränkt werden kann, ist auch ein diesbezüglicher Eintrag ins Handelsregister ausgeschlossen. Falls irrtümlicherweise eine Beschränkung doch eingetragen wird, so ist der Eintrag nichtig.

Um eine Prokura wirksam zu beschränken, genügt es, dem Dritten diese Beschränkung bekannt zu geben. Im Geschäftsverkehr erfährt der Geschäftspartner üblicherweise durch Mitteilung oder Zirkular von der Beschränkung. Eine Erkundungspflicht kann auch hier dem Dritten nicht zugemutet werden ⁸⁾).

Entstehen Streitigkeiten, so obliegt die Beweislast dem Prinzipal, der sich auf die Beschränkung beruft, er hat somit dem Dritten den bösen Glauben nachzuweisen, er muß beweisen, daß der Dritte bereits vor Abschluß des Vertrages von einer Beschränkung der Prokura Kenntnis hatte oder haben mußte ⁹⁾). Diese Beweislastverteilung folgt aus ZGB 3, wonach der gute Glaube dort zu vermuten sei, wo das Gesetz an den guten Glauben einer Person Rechtswirkungen knüpft.

III. Beschränkungen der Prokura nach innen

Eine Beschränkung der Prokura nach innen, d. h. im internen Geschäftsbetrieb ist jederzeit und in jedem Umfange möglich. Der Prinzipal kann dem Prokuristen die Vornahme gewisser Geschäfte verbieten oder ihm andere nur unter Beachtung gewisser Instruktionen gestatten, ja, er kann sogar theoretisch seine Vertretungsmacht auf Null herabsetzen. Meistens liegt der Prokura ein Dienst- oder Auftragsverhältnis zu Grunde. Nach innen ist der Prokurist ganz an diesen Vertrag oder an die sonstigen Weisungen des Geschäftsherrn gebunden. Nach außen jedoch sind evtl. vertragliche Beschränkungen seiner Vertretungsmacht wirkungslos ¹⁰⁾). Durch ein Geschäft, das in Übertretung einer intern beschränkten Pro-

⁶⁾ Becker Art. 459 N 9.

⁷⁾ SJK 504 III.

⁸⁾ Vgl. S. 41 der Arbeit; JW 1935 I 1085 7.

⁹⁾ Vogel 101.

¹⁰⁾ Weiß EntsCh. Nr. 5792.

kura abgeschlossen wird, verpflichtet sich der Geschäftsleiter gleichwohl. Der Prokurist wird in diesem Falle jedoch dem Geschäftsherrn gegenüber ersatzpflichtig ¹¹⁾).

IV. Scheinbare Ausnahmen

Das Gesetz nennt in Art. 460 als zwei Ausnahmen vom Prinzip der Unbeschränkbarkeit der Prokura die Kollektivprokura und die Filialprokura. Es soll im folgenden untersucht werden, ob diese beiden Prokuraarten wirklich eine Ausnahme von diesem Prinzip bedeuten, oder ob es sich bei ihnen nur um scheinbare Ausnahmen handelt.

Die Kollektivprokura ist eine Prokura, bei der zwei oder mehrere Prokuristen die Vertretungsmacht gemeinsam auszuüben haben; erst mit ihrer aller Zustimmung kann ein Geschäft Rechtswirksamkeit erlangen. Wenn eine Vollmacht von mehreren Personen getragen wird, kann hierin keine eigentliche Beschränkung der Vollmacht gesehen werden, da sich eine Beschränkung auf den Umfang bezieht und dieser hier in keiner Art und Weise beschränkt wird. Oser/Schönenberger ¹²⁾ anerkennt wohl eine subjektive Beschränkung für den einzelnen Kollektivprokuristen und die Kollektivprokura in gewissem Sinne als Ausnahme, doch kommt er auch zum Ergebnis, daß es sich hierbei nur um eine scheinbare Ausnahme handeln könne, die sich nur in der praktischen Ausübung als Beschränkung auswirkt.

Gleich verhält es sich mit der Filialprokura. Ihr Umfang entspricht dem einer gewöhnlichen Prokura, jedoch örtlich auf eine Filiale begrenzt. Es muß dem Prinzipal unbenommen bleiben, für seine Zweigniederlassung, die eine selbständige, wenn auch im wirtschaftlichen Zweck gleiche Tätigkeit hat wie die Hauptniederlassung, einen eigenen Prokuristen zu bestellen. Es ist dies der gleiche Fall, wie wenn der Prinzipal mehrere Geschäfte besäße und für jedes einzelne einen Prokuristen ernennen würde ¹³⁾.

Die Kollektiv- und Filialprokura bilden somit nur scheinbare Ausnahmen vom Prinzip der Unbeschränkbarkeit der Prokura.

§ 9 Die Kollektivprokura

I. Wesen und Zweck

Die Einzelprokura ist eine überaus weitgehende Vollmacht und kann in den Händen eines Unerfahrenen oder Unwürdigen schwerwiegende

¹¹⁾ Oser/Schönenberger Art. 459 N 13.

¹²⁾ Oser/Schönenberger Art. 460 N 1.

¹³⁾ Vgl. Staub § 50 Anm. 3.

Konsequenzen für den Prinzipal nach sich ziehen. Zum Schutz des Geschäftsherrn vor einem Mißbrauch der Prokura besteht daher die Möglichkeit ihrer Erteilung an zwei oder mehrere Personen zu gemeinsamer Ausübung solcherart, daß die Prokuristen nur kollektiv rechtsverbindlich handeln können. Durch das Zusammenwirken einer Vielzahl von Personen werden nämlich die einem Rechtsgeschäft innewohnenden Mängel oder Fehler leichter aufgedeckt, eben dank dieser wünschenswerten gleichzeitigen Nutzbarmachung der kaufmännischen Erfahrung mehrerer Personen. Selbstverständlich muß dieser Schutz vor Vertrauensmißbrauch oder Leichtsinns mit einer gewissen Schwerfälligkeit des Handelns bezahlt werden. Dennoch ist die Kollektivprokura heute in allen größeren Firmen die Regel, so daß entgegen der Ansicht Oser/Schönenbergers ¹⁾ im Zweifelsfalle eine Kollektivprokura vermutet werden muß.

II. Die Erteilung der Kollektivprokura

Für ihre Erteilung gelten die gleichen Grundsätze wie für diejenige der Einzelprokura. Zu ihrer Errichtung bedarf es somit des klaren Willens, eine Kollektivprokura erteilen zu wollen. In formaler Hinsicht genügt die Mitteilung an einen Kollektivprokuristen ²⁾. Wird hingegen die Kollektivprokura nur an einen Prokuristen erteilt und kein anderer dazu bestellt, so gilt die Errichtung als nicht vollzogen und der so Ernannte kann einstweilen auch die Handlungen nicht vornehmen, die jedem einzelnen Kollektivprokuristen zustehen würden ³⁾.

Es können keine Einzelprokuristen ernannt werden, die in einzelnen Rechtsgeschäften nur als Kollektivprokuristen handeln dürfen, während ihnen für andere die volle Unterschrift zugestanden wird, entweder sind sie Kollektivprokuristen oder Einzelprokuristen. Wie die kaufmännische Einzelprokura entsteht auch die kaufmännische Kollektivprokura schon vor dem Eintrag rechtsgültig, während die nicht kaufmännische Kollektivprokura erst mit dem Eintrag konstituiert würde, ein Fall, der in der Praxis selten oder gar nie vorkommen dürfte.

III. Arten

Die Kollektivprokura kann mehreren gleichberechtigten Personen erteilt werden, und zwar solcherart, daß jeweils alle oder nur zwei zusammen handeln müssen.

Häufig diskutiert wurde die Frage, ob eine gemischte Kollektivpro-

¹⁾ Oser/Schönenberger Art. 460 N 5.

²⁾ Tietze 939.

³⁾ JW 1938 I 876 30.

kura (sog. halbseitige Prokura) möglich sei⁴⁾). Bei einer halbseitigen Prokura hat ein Kollektivprokurist mit einem Einzelprokuristen oder einer Person mit voller Unterschrift zu zeichnen. Mit einem Entscheid BGE 60 I 391 vertritt das Bundesgericht die Ansicht, daß diese Vertretungsform zuzulassen sei.

Nach OR 460 II kann die Prokura mehreren Personen zur gemeinsamen Unterschrift erteilt werden, so daß die Unterschrift eines Einzelnen ohne die Mitwirkung des oder der übrigen nicht verbindlich ist. Aus dieser Bestimmung geht aber nicht hervor, daß es sich dabei um gleichberechtigte Personen handeln müsse⁵⁾, sowenig wie aus OR 460 III, handelt es sich doch hier um keine «weitere Beschränkung der Prokura»⁶⁾, sondern um eine Kollektivprokura, wenn auch nur für die eine Seite.

Wie oben ausgeführt wurde, kann ein Prokurist nicht einmal im Rahmen kollektiver und dann wieder mit Einzelunterschrift zeichnen. Als Kollektivprokurist hat er immer kollektiv zu zeichnen, ohne die Unterschrift des oder der anderen ist die seinige nicht verbindlich. Auf der anderen Seite ist die alleinige Unterschrift des Einzelprokuristen stets rechtskräftig, er ist also nicht gezwungen, kollektiv zu unterschreiben. Falls er mit dem oder den Kollektivprokuristen zeichnet, erwächst hieraus keine Beschränkung seiner Einzelunterschrift, da sie ja auch für sich allein verbindlich wäre. Die Unterschrift des Kollektivprokuristen dagegen wird in solchen Fällen meist gegenstandslos sein, doch ist dies kein Grund zur Ablehnung einer solchen halbseitigen Prokura.

Verschiedentlich wurde der Einwand geltend gemacht, diese Vertretungsart entspreche keinem dringenden Bedürfnis der Geschäftswelt⁷⁾. Tatsächlich wird der Fall selten sein, daß der Prinzipal einen Mitarbeiter durch eine halbseitige Prokura auszeichnen und damit evtl. eine psychologische Wirkung erzielen will. Die praktische Bedeutung einer solchen Maßnahme wäre denkbar gering, da ja eine Unterschrift auch ohne Hinzutreten des Kollektivprokuristen verbindlich ist. Doch heutzutage ist, besonders in den Großbanken, die Kollektivvertretung die Regel. Es ist aber dann meistens nicht so, daß bei einer Verhandlung beide Kollektivvertreter anwesend sind, sondern der eine führt die Verhandlungen, während am Schluß beide unterzeichnen. Die Stellung des Vertreters in einer Verhandlung ist aber ungemein stärker, wenn er Kollektivprokurist ist und damit auch kollektivunterschriftsberechtigt ist. Ferner ist nicht

⁴⁾ Dafür: Oser/Schönenberger Art. 460 N 6.

Dagegen: Becker Art. 460 N 3.

⁵⁾ BGE 60 I 395.

⁶⁾ A. A. ZBJV 65 379.

⁷⁾ SJZ 33 272, 31 276 und dort zit. Lit., 26 Nr. 33 S. 44; a. A. v. Steiger 228; für das deutsche Recht RGZ 90 21.

einzusehen, warum der Verhandlungsführer nicht auch unterschreiben sollte, um damit seine Verantwortlichkeit zum Ausdruck zu bringen. Handelt es sich hierbei auch nur um einzelne Fälle, so ist dies noch kein Grund, die halbseitige Prokura abzulehnen.

OR 555 sieht die Möglichkeit einer Kollektivvertretung, die sich aus einem Prokuristen und einem Gesellschafter zusammensetzt, vor. Schwierig und umstritten ist hier die Frage nach dem Umfang der Vertretungsmacht einer solchen Kollektivvertretung, da die Vertretungsmacht des Gesellschafters verschieden ist von derjenigen des Prokuristen. Die Lösung hängt davon ab, nach welchen Grundsätzen eine solche Vertretung beurteilt wird, und je nachdem wird dann der Umfang der Vertretungsmacht des Gesellschafters auf denjenigen einer Prokura beschränkt oder die Prokura entsprechend dem Umfang der Vertretungsmacht des Gesellschafters erweitert.

Hier gilt in erster Linie, daß die Vertretungsmacht des Gesellschafters eine gesetzlich umgrenzte ist, und daher in keiner Weise eine Beschränkung duldet. Andererseits kann der Prokurist, da er gewillkürter Vertreter ist und zudem der Umfang seiner Vertretungsmacht genau im Gesetz umschrieben wird, seinen Prinzipal nur im Rahmen der verliehenen Vollmacht vertreten.

Die Konsequenzen, die sich aus diesen Feststellungen ergeben, sind die folgenden:

a) Eine gemischte Kollektivvertretung ist einmal sicher im Rahmen der Vertretungsmacht des Prokuristen möglich. In der Regel umfaßt dieser Umfang die meisten Geschäfte, da in der Praxis der Umfang der Vertretungsmacht eines Gesellschafters nicht sehr weit von demjenigen des Prokuristen abweicht. Einen Sonderfall bilden dagegen jene Geschäfte, auf die sich die evtl. Prokuraerweiterung, wie der Grundstückhandel, beziehen. Der Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft darf zweifellos über Grundstücke verfügen. Er darf auch einen Prokuristen, falls diesem die betr. Prokuraerweiterung nicht zugestanden wurde, diesen durch Erteilen einer Spezialhandlungsvollmacht dazu ermächtigen. Handelt nun der Gesellschafter zusammen mit einem Prokuristen, so liegt darin eine stillschweigende Ermächtigung. Die Verfügung über Grundstücke kann in den Rahmen der Prokura fallen, die Unmöglichkeit der Vornahme solcher Geschäfte wäre aber eine unzulässige Beschneidung der Vollmacht des Gesellschafters ⁸⁾).

b) Einer gemischten Kollektivvertretung sind alle jene Geschäfte verwehrt, zu deren Vornahme der Prokurist keine gültige Vollmacht vom Prinzipal erhalten kann. Bei einer Kollektivvertretung wird ja das Zusammenwirken beider Vertreter gefordert. Ist nun einer davon unfähig,

⁸⁾ A. A. Thomas 55.

bestimmte Handlungen mangels gültiger Vollmacht vorzunehmen, so fällt natürlich in diesem Falle die Kollektivvertretung dahin. Solche Tatbestände sind z. B. die Ernennung oder Entlassung von Prokuristen. Ein Prokurist kann unmöglich mit einem Gesellschafter bei der Prokuraerteilung mitwirken. In diesem Falle kann auch der Gesellschafter allein keinen Prokuristen ernennen, da hierzu nach Siegwart ⁹⁾ das Mitwirken aller Gesellschafter notwendig ist. Ebenso wenig kann der Prokurist beim Entzug einer Prokura mitwirken. Allerdings gestattet OR 566 dem Gesellschafter allein, ohne Mitwirkung der andern Gesellschafter, die Prokura zu entziehen.

Nicht zulässig ist die Bindung eines Kollektivprokuristen an einen Handlungsbevollmächtigten, da der Umfang der Handlungsvollmacht vom Geschäftsherrn bestimmt wird, während der der Prokura gesetzlich festgelegt wird. Würde nun der Prokurist an den Rahmen der Handlungsvollmacht eines Mitunterzeichners gebunden, so wäre dies eine unzulässige Beschränkung der Prokura, deren Umfang damit von dem in der Handlungsvollmacht sich äußernden Willen des Prinzipals abhängig wäre.

Die halbseitige Prokura kann ins Handelsregister eingetragen werden, ohne daß das Handelsregisteramt befugt wäre, eine Eintragung zurückzuweisen, da ja sich die Kognitionspflicht nicht auf das materielle Recht bezieht. Hierfür ist der zivile Richter zuständig ¹⁰⁾.

IV. Ausübung

Der Kollektivprokurist ist zur aktiven und passiven Vertretung berechtigt.

1. Ausübung bei aktiver Vertretung

a) *Allgemeines.* Unter aktiver Vertretung wird die Vertretung im Handeln verstanden. OR 460 II fordert zu einer rechtsgültigen aktiven Vertretung im Rahmen einer Kollektivprokura die Mitwirkung mehrerer Vertreter, d. h. es ist ein gemeinsames Zusammenwirken der Kollektivprokuristen nötig, sei es zur Setzung schriftlicher oder mündlicher Rechtsakte; denn was der Prokurist nicht schriftlich allein gültig vornehmen kann, dazu fehlt dem Einzelnen auch mündlich die Berechtigung ¹¹⁾. Den Beweis des gemeinsamen Zusammenwirkens im Prozeßfall hat derjenige zu erbringen, der aus dem betr. Geschäft Rechte ableitet. Der Wille zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes muß in jedem einzelnen Prokuristen vorhanden sein und auch von jedem einzelnen geäußert wer-

⁹⁾ Siegwart Art. 566 N 5.

¹⁰⁾ Vgl. S. 39 der Arbeit.

¹¹⁾ BIZR 32 Nr. 79 S. 163.

den ¹²⁾. Ein gleichzeitiges Handeln ¹³⁾ wird indes vom Gesetz nicht gefordert und dürfte auch in den wenigsten Fällen möglich sein. Weit häufiger erfolgt dagegen die Erklärung der andern Kollektivprokuristen unmittelbar nach derjenigen des Verhandlungsführers.

Bei der Unterzeichnung von Wechseln müssen alle Kollektivprokuristen unterschreiben, und zwar mit ihrem eigenen Namen und nicht mit demjenigen des Vertretenen ¹⁴⁾. Unterschreibt nur einer, so verpflichtet er sich damit persönlich und nicht für die Firma ¹⁵⁾.

Eine solche Augenfälligkeit des Zusammenwirkens ist indessen nur selten; da ein gemeinsames Handeln mit solch wörtlichem Sinn nicht verlangt wird, ist die Mitwirkung der andern auch dann gegeben, wenn das Geschäft erst nachträglich durch den andern genehmigt wird, oder der eine Kollektivprokurist für dessen Abschluß im voraus eine Vollmacht der übrigen erhält.

b) *Genehmigung*. Ein Prokurist schließt das Geschäft ab, und die andern erteilen ihm nachträglich die Genehmigung ¹⁶⁾. Hier beginnt die Rechtswirksamkeit des Geschäftes erst mit dem Hinzutreten der Genehmigungserklärung des letzten Kollektivprokuristen ¹⁷⁾.

Die Genehmigung kann ausdrücklich oder stillschweigend ¹⁸⁾ gegeben werden, in Schriftform oder formlos ¹⁹⁾. Bei der Schriftform müssen jedoch alle andern Kollektivprokuristen unterzeichnen ²⁰⁾. Die Genehmigung kann auch durch bloßes konkludentes Verhalten erteilt werden, z. B. durch Gewährenlassen ²¹⁾.

Größere Schwierigkeiten bereitet hingegen die Lösung der Frage, wann eine stillschweigende Genehmigung vorliegt. Ein bloßes passives Verhalten genügt nicht, sondern es muß tatsächlich eine Genehmigung daraus ersichtlich sein ²²⁾. Diese Bedingung kann dann als erfüllt betrachtet werden, wenn es nach Treu und Glauben die Pflicht des anderen Kollektivprokuristen wäre, dem Vertragsgegner Mitteilung zu machen, falls er nicht einverstanden wäre. Auch dadurch, daß sie gegen ein ihnen bekannt gewordenes Bestätigungsschreiben nicht Stellung nehmen ²³⁾, können sie das Geschäft genehmigen.

¹²⁾ Oser/Schönenberger Art. 460 N 7.

¹³⁾ Becker Art. 460 N 7; BIZR 9 Nr. 97 S. 176; RGZ 81 325.

¹⁴⁾ Vgl. S. 45 der Arbeit; a. A. BIZR 16 Nr. 6 S. 6.

¹⁵⁾ BGE 58 II 160.

¹⁶⁾ BGE 35 II 614; RGZ 112 221; a. A. Düringer-Hachenburg § 48 Anm. 10.

¹⁷⁾ Oser/Schönenberger Art. 460 N 7 und dort zit. Lit.

¹⁸⁾ Für das deutsche Recht RGZ 101 343; 100 141.

¹⁹⁾ Für das deutsche Recht RGZ 81 329.

²⁰⁾ Becker Art. 460 N 5; a. A. RGZ 106 269.

²¹⁾ BGE 43 II 300, 50 II 138.

²²⁾ BGE 35 II 614; BIZR 9 Nr. 97 S. 176.

²³⁾ Oser/Schönenberger Art. 460 N 7.

Die Genehmigung muß nicht dem Dritten, sondern dem Prokuristen gegenüber erklärt werden, wobei der Inhalt des betreffenden Vertrages dem Erteiler der Genehmigung nicht bekannt sein muß ²⁴⁾, da es ihm ja sogar frei steht, eine allgemeine Vollmacht für zukünftige nicht bestimmte Geschäfte auszustellen, allerdings darf von einem sorgfältigen Prokuristen erwartet werden, daß er sich vor der Genehmigung über den Vertragsinhalt orientiere.

Handelt ein Kollektivprokurist ohne Vollmacht oder nachträgliche Genehmigung, so handelt er als falsus procurator. Auch die Fälle dringender Gefahr bilden hievon keine Ausnahme.

c) *Vollmacht*. Der große Geschäftskreis eines Unternehmens mag es oft wünschenswert erscheinen lassen, daß sogar ein Kollektivprokurist für gewisse Geschäfte allein handeln kann. Da es indes nicht gestattet ist, für gewisse Geschäfte eine Kollektivprokura, für andere eine Einzelprokura zu erteilen, kann dieses Bedürfnis durch die Erteilung einer Handlungsvollmacht befriedigt werden. Jeder Prokurist kann ja einen Handlungsbevollmächtigten bestellen. Wenn somit alle Kollektivprokuristen einem unter ihnen die Handlungsvollmacht für bestimmte Geschäfte erteilen, so wird damit einer Forderung des Verkehrs Genüge geleistet und für einen reibungslosen Geschäftsgang in gewissen Geschäftszweigen, gerade z. B. bei Börsenaufträgen, gesorgt. Selbstverständlich ist in solchen Momenten der allein handelnde Prokurist nicht mehr Kollektivprokurist, sondern Handlungsbevollmächtigter und hat auch als solcher zu unterzeichnen, d. h. er hat den die Prokura andeutenden Zusatz wegzulassen.

Gegen diese Lösung wurde eingewendet, sie widerspreche dem Sinn der Kollektivprokura ²⁵⁾. Für einzelne Geschäfte oder Geschäftsarten muß jedoch die Erteilung einer Handlungsvollmacht zugelassen werden ²⁶⁾; würde hier auch der erwähnte Schutz des Prinzipals durch das Mitwirken und Kontrollieren der andern Kollektivvertreter fehlen, so würde der Geschäftsherr durch eine nachlässige Kontrolle genau gleich geschädigt, als wenn er gar keine Kontrolle ausüben würde. Anders wäre es dagegen, wenn die gesamte Prokurabefugnis des einen Kollektivprokuristen auf den andern übertragen würde, da dies einer unerlaubten Substitution gleichkäme, die dem besonderen Vertrauensverhältnis des Prokuristen zum Prinzipal widerspräche.

Die Vollmacht, die mündlich oder schriftlich zugestanden werden kann, muß von sämtlichen Prokuristen erteilt werden. Der Geschäftsherr kann eine solche Vollmachtserteilung wohl intern verbieten, extern jedoch hat ein solches Verbot keine Wirkung.

²⁴⁾ RGZ 101 344.

²⁵⁾ RGZ 61 225.

²⁶⁾ Becker Art. 460 N 7.

Auch der Prinzipal seinerseits kann dem Kollektivprokuristen jederzeit eine Vollmacht erteilen, stillschweigend oder ausdrücklich. Auch kann er, indem er das Handeln eines Kollektivprokuristen als Einzelprokurist bewußt oder fahrlässig zuläßt ²⁷⁾, die Kollektivprokura in eine Einzelprokura umwandeln. Hat er nämlich einem Prokuristen eine Kollektivprokura erteilt, so ist es seine Sache, darüber zu wachen, daß dieser seine Befugnisse als Kollektivprokurist nicht überschreitet; läßt er ihn dennoch allein zeichnen, so kann er sich nachher nicht auf die Kollektivprokura berufen ²⁸⁾.

2. Ausübung bei passiver Vertretung

Zur Entgegennahme von Willenserklärungen für den Prinzipal ist jeder Kollektivprokurist auch als Einzelner befugt ²⁹⁾, aus der Tatsache heraus, daß die Kenntnis auch nur eines Einzelnen das Wissen des Prinzipals bedingt. So kann etwa ein Kollektivprokurist Kündigungen entgegennehmen, oder es können ihm Wechselproteste gültig zugesandt ³⁰⁾ oder gerichtliche Zustellungen gemacht werden ³¹⁾.

Da nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters bei der Beurteilung von Willensmängeln beim Abschluß eines Rechtsgeschäftes in Betracht kommt, genügt schon das Vorhandensein eines Willensmangels bei einem Kollektivprokuristen, um das Geschäft einseitig unverbindlich zu erklären ³²⁾.

3. Telefonabschlüsse ³³⁾

Im modernen Geschäftsverkehr werden häufig Geschäfte per Telefon abgeschlossen. Ob ein Kollektivprokurist allein ein Geschäft am Telefon gültig abschließen kann, ist in jedem Einzelfall zu untersuchen. Im allgemeinen bedeutet der Abschluß solcher Geschäfte noch keineswegs, daß nun ohne weiteres Einzelvollmacht gegeben sei ³⁴⁾, sondern es ist nachher eine Bestätigung des oder der andern Kollektivprokuristen erforderlich. Nur wenn ein Stillschweigen nach Treu und Glauben schon als solche Bestätigung aufgefaßt werden darf, hat sie nicht noch besonders zu erfolgen ³⁵⁾. Für gewisse Geschäfte oder Geschäftsarten (z. B.

²⁷⁾ BGE 50 II 136; BIZR 29 Nr. 29 S. 73.

²⁸⁾ Springer 72; Beck'sche K.K. § 48 4 C.

²⁹⁾ Oser/Schönenberger Art. 460 N 8; Staub § 48 Anm. 9a; Tietze 942; RGZ 53 230.

³⁰⁾ RGZ 53 230.

³¹⁾ v. Steiger 229.

³²⁾ v. Tuhr 338.

³³⁾ Vgl. die Ausführungen von Hättenschwiler, SJZ 17 292 ff.

³⁴⁾ Oser/Schönenberger Art. 460 N 12.

³⁵⁾ BIZR 20 Nr. 116 S. 231.

Börsengeschäfte) kann dem Kollektivprokuristen eine Spezialhandlungsvollmacht vom Prinzipal oder dem andern Kollektivprokuristen erteilt werden.

§ 10 Die Filialprokura

Als Folge der wachsenden Größe und der daraus resultierenden Gliederung mancher Geschäftsbetriebe in Filialen entstand das Bedürfnis nach einer Begrenzung der Prokura auf eine Zweigniederlassung. Dem kommt nun OR 460 I entgegen, der die Möglichkeit schafft, eine Prokura nur für den Geschäftskreis einer Zweigniederlassung, also einer sog. Filiale, zu erteilen. Der Begriff der Zweigniederlassung bedarf dabei folgender Präzisierung:

Die Zweigniederlassung muß streng unterschieden werden von der Hauptniederlassung und der Nebenniederlassung.

Die *Hauptniederlassung*, die sich meistens am Sitz der Gesellschaft befindet, ist das wirtschaftliche Zentrum der Unternehmung, von dem die Oberleitung ¹⁾ ausgeht. In der Prokuraerteilung für die Hauptniederlassung ist deshalb stets auch die Vertretungsberechtigung für alle Zweigniederlassungen enthalten ²⁾.

Nebenniederlassungen (Ablagen, Agenturen, Verkaufs- und Lagerstellen, Eisenbahnstationen etc.) dagegen haben nicht die Möglichkeit eines selbständig dauernden und unmittelbaren Geschäftsabschlusses ³⁾. Eine Prokura, die sich nur auf sie bezieht, kann daher nicht erteilt werden.

Nach Denzler ⁴⁾ ist die *Zweigniederlassung* (Filiale) diejenige Handelsniederlassung eines kaufmännischen Rechtssubjekts (Einzelperson oder Personenverband), welche dem wirtschaftlichen Zweck einer anderen, jenem Subjekt gehörenden, von ihr räumlich verschiedenen Handelsniederlassung (Hauptniederlassung) durch selbständige Tätigkeit dauernd zu dienen bestimmt ist und deshalb zu dieser nach Maßgabe der ihr gesetzten Zweckbestimmung in ein Abhängigkeitsverhältnis tritt.

Die Merkmale einer Filiale sind also die folgenden: Eine gewisse Selbständigkeit und Unabhängigkeit im Geschäftsabschluß, eine eigene Organisation und Buchführung, besonderes Geschäftsvermögen und gleichen Besitzer wie die Hauptniederlassung. Schließlich müssen die Zweigniederlassungen im Unterschied zu den Nebenniederlassungen an einem andern Ort als die Hauptniederlassungen gelegen sein ⁵⁾.

¹⁾ Guhl 609.

²⁾ Oser/Schönenberger Art. 460 N 15.

³⁾ Oser/Schönenberger Art. 460 N 16.

⁴⁾ Denzler 53.

⁵⁾ Denzler 30; Wagner 21.

Die Zweigniederlassung muß an ihrem Orte ins Handelsregister eingetragen werden ⁶⁾, und zwar unter dem gleichen Firmennamen wie die Hauptniederlassung ⁷⁾ (eine Verschiedenheit der Firma ist hier nicht möglich) ⁸⁾. In der Regel führt aber die Zweigniederlassung den Zusatz «Filiale von . . .» ⁹⁾ und bringt damit ihre Abhängigkeit vom Hauptgeschäft zum Ausdruck.

Die Ernennung zum Filialprokuristen hat ausdrücklich zu erfolgen, im Zweifelsfall gilt der Prokurist einer Zweigniederlassung als Prokurist für das Hauptgeschäft ¹⁰⁾. Der Umfang einer Filialprokura entspricht demjenigen der gewöhnlichen Prokura, bezieht sich aber bloß auf die Geschäfte der Zweigniederlassung.

Die Filialprokura ist am Orte der Filiale ins Handelsregister einzutragen. Im übrigen gelten die allgemeinen Regeln der Prokura, so ist beispielsweise auch eine Kollektiv-Filialprokura zulässig.

⁶⁾ HRV 71—77; OR 935.

⁷⁾ OR 952.

⁸⁾ Anders im deutschen Recht, vgl. Wannieck 41.

⁹⁾ So Oser/Schönenberger 460 N 17.

¹⁰⁾ Diese Ansicht wird durch die Kommentare angenommen und ist wohl richtig, würde es doch die Verkehrssicherheit in einem großen Maße beeinträchtigen, müßte man jeden Fall einzeln untersuchen, ob Filialprokura oder Prokura der Hauptniederlassung. Oser/Schönenberger Art. 460 N 17; Becker Art. 460 N 1.

5. Kapitel

Das Konkurrenzverbot

§ 11 Das Konkurrenzverbot

I. Allgemeines

Als rechte Hand des Prinzipals hat der Prokurist wie kein anderer Einblick in den Geschäftsgang und kann sich Kenntnisse aneignen, durch deren Mißbrauch dem Geschäftsherrn schwerer Schaden zugefügt werden könnte. An einem solchen Mißbrauch wird der Prokurist durch seine Unterstellung unter ein gesetzliches Konkurrenzverbot verhindert. Das bedeutet somit für den Geschäftsherrn eine Sicherung gegen den Mißbrauch der dem Prokuristen eingeräumten weiten Vollmacht. Entsprechend der großen Vertrauensstellung des Prokuristen muß das Konkurrenzverbot sehr streng gehandhabt werden.

II. Wer ist dem Konkurrenzverbot unterworfen?

Dem Konkurrenzverbot ist jeder Prokurist unterstellt, ausnahmslos jeder, ohne Rücksicht auf das der Prokura zugrunde liegende Rechtsverhältnis. Es trifft also auch einen Prokuristen, der in keinem Dienstverhältnis zum Prinzipal steht, wie z. B. den Geschäftsfreund oder den Verwandten ¹⁾, denen die Prokura vorübergehend erteilt wurde und die aus Gefälligkeit ihr Einverständnis gegeben haben, den Geschäftsherrn während einer gewissen Zeit zu ersetzen. Auch der Ehemann, wenn er als Gatte für die Frau das Geschäft führt, ist davon nicht ausgenommen ²⁾. Dieses Konkurrenzverbot, das an sich schon eine strenge Regelung darstellt, wird darum so straff gehandhabt, weil die Folgen seiner Verletzung für den Prinzipal sehr schwerwiegend sein können. Die Belastung, die es für den Prokuristen bedeutet, wird dadurch gemildert, daß ihm der Prinzipal jederzeit eine konkurrenzmäßige Tätigkeit erlauben kann, da das Konkurrenzverbot jederzeit aufgehoben oder eingeschränkt werden kann. Die Konkurrentätigkeit braucht nicht ausdrücklich gestattet zu werden, sondern kann stillschweigend dadurch, daß einfach ein Widerspruch unterlassen oder daß sie wissentlich geduldet wird ³⁾, zugelassen werden. In einem solchen Fall kann sich der Vertretene später nicht

¹⁾ A. A. Becker Art. 464 N 1.

²⁾ A. A. Staub § 60 Anm. 1.

³⁾ Oser/Schönenberger Art. 464 N 6.

auf das Konkurrenzverbot berufen, und dessen Übertretung zieht keine Folgen nach sich ⁴⁾).

III. Der Umfang des Konkurrenzverbotes

Das Konkurrenzverbot verwehrt dem Prokuristen jede Tätigkeit, die den Interessen des Geschäftsherrn abträglich sein könnte. Es bezieht sich aber nur auf den Geschäftskreis des Prinzipals und hat dort logischerweise alle Handlungen des Prokuristen zum Gegenstand. Diesem ist jede Konkurrentätigkeit für eigene oder fremde Rechnung verwehrt. Er darf weder Konkurrenzgeschäfte abschließen, noch solche vermitteln ⁵⁾. Ein Bankprokurist darf somit nicht selber mit Effekten handeln, oder als Kassier zu Spekulationszwecken fremde Valuten zu einem günstigen Kurs am Schalter selber ankaufen. Aktionär einer konkurrenzierenden AG. darf der Prokurist sein ⁶⁾, es ist ihm aber untersagt, sich dort in die Verwaltung wählen zu lassen. Als gewöhnlicher Aktionär hat er nämlich keine Möglichkeit, dem Geschäftsherrn aktiv Konkurrenz zu machen, dies kann er erst als Inhaber der Aktienmehrheit oder als Organ der Gesellschaft. Entsprechende Bestimmungen gelten für die G.m.b.H., die Kommandit-AG. und die Genossenschaft. Unvereinbar mit dem Konkurrenzverbot ist dagegen die Mitgliedschaft eines Prokuristen in einer konkurrenzierenden Kollektiv- und Kommanditgesellschaft oder seine Stellung als stiller Teilhaber eines konkurrenzierenden Unternehmens.

Zur Verletzung des Konkurrenzverbotes genügt der Abschluß eines einzigen Geschäftes. Auch die bloße Unterstützung einer Person, die ein Konkurrenzunternehmen errichten will, ist verboten ⁷⁾).

IV. Dauer und Erlöschen

Das Konkurrenzverbot ist solange rechtswirksam, als die Bevollmächtigung besteht. Ein Erlöschen des der Prokura zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses beendet das Konkurrenzverbot nur dann, wenn dem Prokuristen gleichzeitig mit dem Auflösen des Grundverhältnisses die Vollmacht entzogen wird ⁸⁾. Durch anderweitige Abmachungen kann das Verbot auch noch auf eine längere Zeit nach dem Entzug der Vollmacht ausgedehnt werden ⁹⁾. Solche Modalitäten dürfen aber nie zu einer unbilligen Erschwerung des Fortkommens des Prokuristen führen ¹⁰⁾.

⁴⁾ Vogel 115.

⁵⁾ Becker Art. 464 N 3.

⁶⁾ A. A. Staub § 60 Anm. 3.

⁷⁾ Beck'sche K.K. § 60 2 B.

⁸⁾ Z. B. fristlose Entlassung.

⁹⁾ Oser/Schönenberger Art. 464 N 5.

¹⁰⁾ Beispiele unzulässiger Beschränkung BGE 61 II 90; 78 II 241.

V. Die Folgen der Übertretung ¹¹⁾

1. Allgemein

Ein Übertreten des Konkurrenzverbotes bedeutet nicht die Ungültigkeit des betreffenden Geschäftes, sondern es entfaltet regelmäßig seine Wirkungen, sofern der Geschäftsherr nicht eingreift. Aber auch sein Eingreifen berührt den Mitkontrahenten nicht. Der Prokurist ist lediglich im Dürfen, nicht im Können beschränkt. Der Prinzipal muß sich mit Sanktionen gegenüber dem Prokuristen begnügen.

2. Der Selbsteintritt des Prinzipals

Erfolgte der Geschäftsabschluß *auf Rechnung des Prokuristen*, so kann der Geschäftsherr in seine Rechte und Pflichten eintreten und das Geschäft selber übernehmen. Für den Dritten ist jedoch diese Übernahme nicht verbindlich, denn er hat mit dem Prokuristen kontrahiert und braucht sich einen Wechsel des Vertragspartners nicht gefallen zu lassen. In diesem Falle ist der Geschäftsherr darauf verwiesen, nachher den Geschäftserfolg zu übernehmen, er hat lediglich einen Anspruch gegenüber dem Prokuristen.

Schloß der Prokurist hingegen *auf fremde Rechnung* ab, so ist ein Eintritt ausgeschlossen. Der Prinzipal hat lediglich Anspruch auf den Geschäftsgewinn. Ist das Geschäft noch in der Schwebe, kann er verlangen, daß es der Prokurist zu Ende führt und ihm alle daraus resultierenden Ansprüche auf dem Wege der Zession abtritt. Wurde eine Vermittlungsprovision vereinbart, so ist sie ebenfalls dem Prinzipal abzuliefern.

3. Der Entschädigungsanspruch

Der Prinzipal hat einen Anspruch gegen den Bevollmächtigten für entgangenen Gewinn und Ersatz im Rahmen seines positiven Vertragsinteressens. Diesen Entschädigungsanspruch hat er neben dem Selbsteintrittsrecht, er kann beides kumulieren ¹²⁾.

4. Weitere Wirkungen

Der Prinzipal kann auf Unterlassung der verbotenen Konkurrenztätigkeit klagen ¹³⁾. Besteht ein Dienstverhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Prokuristen, so kann die Verletzung des Konkurrenzverbotes evtl. einen Auflösungsgrund bedeuten. Zusätzlich zu diesen Folgen kann noch eine Vertragsstrafe vereinbart werden.

¹¹⁾ Vgl. dazu Oser/Schönenberger Art. 464 N 7—11; Becker Art. 464 N 5—7.

¹²⁾ Oser/Schönenberger Art. 464 N 9 und N 10.

¹³⁾ Oser/Schönenberger Art. 464 N 11 und dort zit. Lit.

6. Kapitel

Das Erlöschen der Prokura und seine Wirkung

§ 12 Das Erlöschen der Prokura

I. Allgemeines

Das Erlöschen der Prokura wird in der knappen Fassung des Art. 465 OR geregelt. Subsidiär müssen deshalb auch hier die allgemeinen Bestimmungen über die Stellvertretung beigezogen werden. Während OR 465 I dem Art. 34 I entspricht, bedeutet die Bestimmung in Absatz II, daß die Prokura beim Eintritt des Todes oder der Handlungsunfähigkeit des Geschäftsherrn nicht untergehe, eine Ausnahme der in Art. 35 aufgestellten allgemeinen Regelung.

II. Die Erlöschungsgründe

1. Der Widerruf

a) *Allgemeines.* Die Prokura kann jederzeit ohne Rücksicht auf das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis widerrufen werden. Diese Möglichkeit eines jederzeitigen Widerrufs bildet den notwendigen Ausgleich zur Unbeschränkbarkeit der Prokura.

Bei der Frage, ob es sich beim Widerruf um ein unverzichtbares Recht des Vollmachtgebers handelt, oder ob er gültig darauf verzichten kann, gehen die Meinungen in der Literatur auseinander.

Das Gesetz führt zu diesem Problem in OR 34 II aus: «Ein vom Vollmachtgeber zum voraus erklärter Verzicht auf dieses Recht ist ungültig.»

Oser ¹⁾ meint dazu, daß, wenn das Gesetz den Verzicht auf den Widerruf ausschließe, dies entsprechend dem Grundsatz von OR 20 geschehe. «Wo diese Vorschrift nicht zutrifft, ist also auch — gemäß Ausnahmebestimmung von Art. 34, also des Gesetzgebers, nicht des Richters — der Verzicht auf den Widerruf zugelassen.»

Oser hält also dafür, daß grundsätzlich auf das Recht des Vollmachttenwiderrufes nicht verzichtet werden kann, es sei denn, der Verzicht verstoße nicht gegen die guten Sitten.

Anderer Ansicht ist v. Tuhr ²⁾. «Das Gesetz sieht in einer unwider-

¹⁾ Oser Art. 34 N 8.

²⁾ v. Tuhr 319.

ruflichen Vollmacht eine zu weite Gefährdung der dem Willen des Vertreters anheimgegebenen Interessen des Vollmachtgebers und verbietet daher den Verzicht grundsätzlich, ohne die (im deutschen Recht) in BGB § 168 für gewisse Fälle zugelassene Möglichkeit des Verzichtes zu gewähren.» Nach v. Tuhr ist somit die Vollmacht auch dann wider-
ruflich, wenn ein Verzicht nicht gegen die guten Sitten verstoßen würde. Er fährt dann aber fort: «Ungültig ist nach OR 34 II nur der Verzicht auf den Widerruf. Dagegen kann sich der Vollmachtgeber gültig verpflichten, den Widerruf nicht auszuüben, sofern dieses Versprechen nicht im einzelnen eine zu weitgehende Beschränkung von Art. 19 II enthält. Ein solches Versprechen hindert zwar den Vollmachtgeber nicht am Widerruf, verpflichtet ihn aber zum Ersatz des Schadens, den der Vertreter durch den Widerruf erleidet, und kann meines Erachtens auch durch Konventionalstrafe gesichert werden.»

Gleichfalls lehnen Guhl und Hodler einen Verzicht auf das Widerrufsrecht ab ³⁾).

Bei der Lösung dieses Problems muß berücksichtigt werden, daß die Prokura diejenige Vollmacht ist, die dem Vertreter die weitgehendsten Befugnisse einräumt, da sie — wenigstens gegenüber Gutgläubigen — unbeschränkt ist. Durch den Willen des Prinzipals wird somit dem Prokuristen eine fast totale Vollmacht verliehen. Als gewillkürter Stellvertreter genießt er eine große Vertrauensstelle. Wird eine solche umfassende Vollmacht allein durch den Willen des Vertretenen begründet, so muß sie auch jederzeit durch ihn widerrufen werden können. Das Vertrauen kann schwinden. Der Prinzipal muß sich gegen die unbeschränkte Vollmacht schützen können. Darum ist der Widerruf ein unbedingtes Erfordernis, nach Tietze ⁴⁾ der «contrarius actus» zur Erteilung. Angesichts der großen Wichtigkeit des Widerrufsrechtes muß es jederzeit spielen können. Auf dieses Recht kann nicht verzichtet werden. Jede solche Verzichtleistung wäre null und nichtig. Für die Auslegung Osers, der den Verzicht eines Widerrufs in jenen Fällen zulassen will, in denen die Verzichtleistung den guten Sitten nicht widersprechen würde, bietet das Gesetz keine Handhabe. Auch eine Analogie zum deutschen Recht, zu BGB § 169 ist nicht am Platz. Wollte der Gesetzgeber analoge Ausnahmen gestatten, so hätte er OR 34 II anders gefaßt. Gerade durch die strenge Formulierung wollte er aber jede Möglichkeit eines Verzichtes auf den Widerruf ausschließen, um damit dem Vollmachtgeber den nötigen Schutz zu gewähren. Ein Verzicht auf den Widerruf muß daher in jedem Falle ausgeschlossen sein.

³⁾ Guhl 111; Hodler 37 ff. und dort zit. Lit.

⁴⁾ Tietze 934.

Ähnlich wie bei der Bestellung der Prokura können aber auch hier im Innenverhältnis andere Modalitäten vereinbart werden. So wird z. B. die Prokura bei der Kollektivgesellschaft meistens durch einen Gesellschaftsbeschluß aufgehoben. Siegwart ⁵⁾ begründet dies damit, daß der Vollmachtgeber nicht der einzelne, sondern die Gesamtheit der Gesellschafter sei. Nur ihr stehe der Widerruf nach OR 34 und 465 zu, da der einzelne Gesellschafter einen Anspruch darauf habe, daß sein Interesse an der Aufrechterhaltung eines einmal gefaßten Beschlusses gegen minder wichtige Gründe geschützt bleibe. Dieser Ansicht ist beizupflichten; denn mit dem willkürlichen Widerruf einer Prokura durch einen einzelnen Gesellschafter können evtl. die andern geschädigt werden. Trotzdem hat aber eine solche interne Regelung für das Außenverhältnis, d. h. dem Dritten gegenüber, keine Wirkung. Jeder Gesellschafter, und übe er auch nur Kollektivvertretung aus, kann mit sofortiger Wirkung dem Prokuristen die Prokura entziehen. Allerdings wird er sich nachher vor den andern Gesellschaftern zu verantworten haben und falls der Entzug der Prokura nicht aus wichtigen Gründen erfolgte, zum Schadenersatz angehalten werden.

Die Prokura ist eine abstrakte Vollmacht. Wie sie unabhängig vom Grundverhältnis erteilt werden kann, so berührt auch der Widerruf an und für sich das Grundverhältnis nicht. Aus dem Entzug der Vollmacht entsteht nie ein Vergütungsanspruch auf Grund des Basisverhältnisses. Schadenersatzansprüche können nur aus einer tatsächlichen Verletzung des zugrunde liegenden Dienstverhältnisses geltend gemacht werden.

Der Widerruf einer Prokura muß nicht unbedingt das Grundverhältnis berühren. Meistens aber widerruft der Prinzipal die Prokura gleichzeitig mit der Kündigung, oder in der Kündigung ist der stillschweigende Widerruf mit enthalten ⁶⁾. Evtl. kann im Entzug der Vollmacht ein wichtiger Grund zum sofortigen Rücktritt vom Dienstverhältnis liegen ⁷⁾.

b) *Legitimation* zum Widerruf. Jeder, der zur Erteilung der Prokura berechtigt ist, kann dieselbe auch widerrufen. Unter den natürlichen Personen ist es somit der Geschäftsinhaber, bei den juristischen Personen sind es ihre Organe. Darüber hinaus hat das Gesetz noch andere Personen dazu legitimiert. Im Gegensatz zur Erteilung der Prokura kann nach OR 566 jeder einzelne zur Vertretung berufene Kollektivgesellschafter sie widerrufen. Bei der AG. und der Genossenschaft liegt dieses Recht bei der Verwaltung, und zwar für die von ihr bestellten Prokuristen schlechthin, für die von der Generalversammlung ernannten unter Einberufung

⁵⁾ Siegwart Art. 566 N 6; für das deutsche Recht RGZ 163 35.

⁶⁾ Oser Art. 34 N 3.

⁷⁾ BIZR 15 158.

einer Generalversammlung⁸⁾. Bei der G.m.b.H. ist jeder Geschäftsführer zum Widerruf befugt⁹⁾.

Kann der Prokurist selber die Prokura widerrufen und so seine Vollmacht niederlegen? In der deutschen Literatur¹⁰⁾ wird ihm dieses Recht verwehrt mit der Begründung, die Prokuracerteilung sei ein einseitig empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, und die Aufhebung bleibe somit dem Prinzipal vorbehalten. Mit der Kündigung könne der Prokurist dem Prinzipal Anlaß geben, seinerseits die Prokura zu widerrufen. Dem gegenüber erlaubt v. Tuhr¹¹⁾, der eine solche enge, nur begrifflich unterschiedene Form ablehnt, auch dem Prokuristen, die Vollmacht niederzulegen, um ihn in dieser Beziehung nicht schlechter zu stellen als den Prinzipal. In der Tat ist es nicht einzusehen, warum nach der Kündigung des Prokuristen die Vollmacht erst nach dem Widerruf des Prinzipals untergehen soll. Überhaupt ist die praktische Bedeutung dieses Problems äußerst gering, da ein Prokurist, der gewillt ist, seine Vollmacht niederzulegen, sicher auch keine Rechtsgeschäfte mehr kraft dieser Vollmacht vorzunehmen gedenkt.

d) *Form*. Die Form des Widerrufs der Prokura entspricht derjenigen des Widerrufs der allgemeinen Stellvertretung und hat gegenüber dem Vertreter zu erfolgen. Da eine ausdrückliche Erklärung vom Gesetz nicht verlangt wird, ist ein Widerruf auch durch konkludentes Verhalten möglich¹²⁾, z. B. durch Künden des Grundverhältnisses oder durch andere Handlungen, die dazu geeignet sind, dem Prokuristen die Möglichkeit zu weiteren Vertretungen zu nehmen. Wurde indes dem Prokuristen die Vollmacht nur intern entzogen, und wurde die Löschung nicht ins Handelsregister eingetragen, so kann der Widerruf nur Bösgläubigen gegenüber geltend gemacht werden. Eine Mitteilung bezüglich des Widerrufs erfolgt meistens durch Zirkular an die Geschäftsfreunde.

d) *Der Teilwiderruf*. Ebenso wie die ganze Prokura, kann auch nur die Prokuraerweiterung, die Ermächtigung zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken, widerrufen werden. Da es sich hier um eine Änderung der Prokura handelt, ist auch der Widerruf ihrer Erweiterung ins Handelsregister einzutragen.

⁸⁾ OR 726, 905.

⁹⁾ OR 816.

¹⁰⁾ Staub § 52 Anm. 5; Beck'sche K.K. § 52 2 B; a. A. v. Wunsch 88, Pfeffer 25.

¹¹⁾ v. Tuhr 318 Anm. 61; Vogel 140.

¹²⁾ v. Tuhr 319; Tietze 934.

2. Tod, Verschollenheit, Handlungsunfähigkeit und Konkurs des Prokuristen

Mit dem Tod des Prokuristen muß seine Vollmacht erlöschen, da die Prokura auf ein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen Geschäftsherr und Prokuristen aufgebaut ist, das nicht ohne weiteres auf die Erben übertragen werden kann. Verschollenheit, die in OR 35 dem Tode gleichgestellt wird, hat dieselbe Folge. Ebenfalls führen Verlust der Handlungsfähigkeit und der Konkurs zur Endigung des Prokuraverhältnisses. Bei diesen letzteren Fällen handelt es sich um eine solche Erschütterung des Vertrauens, daß die Beibehaltung einer so weitgehenden Vollmacht nicht mehr tragbar wäre.

3. Auflösung, Untergang, Löschung oder Übertragung der Firma

Bei der Aufgabe des Geschäftes und seiner Löschung im Handelsregister hat auch ein Weiterbestehen der Prokura keinen Sinn mehr und sie erlöscht. Weitere Endigungsgründe sind für sie die Veräußerung oder die Übertragung der Unternehmung, da sie ja an die Person des Geschäftsinhabers gebunden ist. Der neue Inhaber hat deshalb seine Bevollmächtigten neu zu bestellen und einzutragen. Bleibt der frühere Vertreter, so tut er dies kraft neuer Vollmacht. Anders verhält es sich bei der Änderung der Firma, denn hier entspricht das automatische Erlöschen der Prokura keiner wirklichen Notwendigkeit. Eine Berichtigung im Handelsregister wird genügen.

Bei der Liquidation des Geschäftes erlöscht die Prokura nicht, sondern ihr Umfang paßt sich einfach dem neuen Geschäftszweck, eben der Liquidation an¹³⁾. Das bedeutet keine unzulässige Beschränkung des Umfangs der Prokura, zumal sich diese stets nach dem Zweck des Unternehmens zu richten hat, der hier auf Liquidation geht.

Gemäß OR 35 I erlischt jede Vollmacht mit dem Konkurs des Vertretenen, da ja mit der Konkurseröffnung dem Konkursiten jegliche Dispositionsbefugnis über seine Vermögenswerte genommen ist. Logischerweise entbehrt auch sein Vertreter der Dispositionsfähigkeit, was bedeutet, daß die Vertretung hinfällig wird.

4. Eintritt des Prokuristen in die Stellung des Prinzipals

Eine Personalunion von Prokurist und Prinzipal ist nicht möglich; der Prinzipal kann nicht zugleich sein eigener Prokurist sein. Dies bedeutet, daß jede Prokura dann erlöschen muß, wenn beide Stellungen in einer

¹³⁾ A. A. Oser/Schönenberger Art. 465 N 7, vgl. S. 23 der Arbeit.

Person zusammentreffen. Der Prokurist kann im übrigen auf verschiedene Art und Weise zur Stellung eines Prinzipals aufrücken, durch Erbschaft, Kauf oder als Teilhaber ¹⁴⁾).

III. Besondere Tatbestände, die die Prokura nicht erlöschen lassen

1. Tod und Handlungsunfähigkeit des Prinzipals

Als Ausnahme von den allgemeinen Bestimmungen der Stellvertretung läßt OR 465 II die Prokura beim Tod des Geschäftsherrn oder beim Eintritt seiner Handlungsunfähigkeit nicht erlöschen. Der Zweck dieser Bestimmung ist, beim Tod des Geschäftsinhabers, des Leiters, dem Betrieb eine fähige Person in leitender Stellung zu bewahren, die ihn ohne wesentliche Störungen weiterführen kann. Gerade in einem solchen Moment bedarf ja der Geschäftsbetrieb der Erfahrung und Kenntnisse einer mit der Firma vertrauten Person, zumal es evtl. längere Zeit dauern kann, bis sich die Erben über die Art der Fortsetzung des Betriebes geeinigt haben oder ein neuer Inhaber sich eingearbeitet hat. Diese Regelung entspricht somit wohl am besten den praktischen Bedürfnissen und gewährleistet eine reibungslose Abwicklung der Geschäfte. Eine vertragliche Abmachung zum Zwecke, diese Bestimmung wegzudingen und die Prokura mit dem Tode des Geschäftsinhabers erlöschen zu lassen, käme einer unzulässigen zeitlichen Begrenzung der Prokura gleich ¹⁵⁾. Zudem steht es ja den Erben frei, die Prokura jederzeit zu widerrufen. Dem Tode ist auch hier die Verschollenheit gleichgestellt.

2. Andere Fälle, die die Prokura weiterbestehen lassen

Wie schon wiederholt angeführt wurde ¹⁶⁾, ist die Prokura eine abstrakte Vollmacht und die Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Dienstverhältnisses hat keinen Einfluß auf ihr Fortbestehen.

Heiratet eine Prokuristin, so erlöscht ihre Prokura damit nicht, auch besteht sie weiter, ohne daß ihr Ehegatte die Einwilligung dazu zu geben hat.

IV. Das Erlöschen der Kollektivprokura

Im Falle der Kollektivprokura genügt zu ihrer Endigung das Eintreten eines Erlöschungsgrundes schon bei *einem* Vertreter. Da ja nur beide gemeinsam vertreten können, kommt es dabei auf die Summe der Fähigkeiten jedes Einzelnen an. Das Wissen des Einzelnen wird ohne weiteres

¹⁴⁾ Vgl. Tietze 933 Anm. 1.

¹⁵⁾ SJK 504 IV.

¹⁶⁾ Vgl. S. 11 der Arbeit.

als das der Gemeinschaft angesehen. Darum genügt schon, wenn die Kollektivprokura nur einem der Kollektivprokuristen entzogen wird. Kann nämlich dieser nicht mehr mit Vollmacht zeichnen, so fällt damit auch jede Kollektivvertretung dahin, wenn die restlichen Kollektivvertreter nicht mehr die zum Handeln vorgeschriebene Anzahl ausmachen. U. U. kann durch den Widerruf einer Kollektivprokura den Prokuristen eine Einzelprokura eingeräumt werden, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, im Zweifelsfall ist aber diese Lösung nicht anzunehmen. Ein Fall einer stillschweigenden Umwandlung einer Kollektivprokura in eine Einzelprokura ist z. B. der, wenn der Vertretene es zuläßt, daß der Kollektivprokurist ständig als Einzelprokurist auftritt und unterzeichnet ¹⁷⁾).

§ 13 Der Eintrag der Löschung ins Handelsregister und seine Wirkung

1. Die Eintragungspflicht

Das Erlöschen jeder Prokura — der kaufmännischen wie der nicht kaufmännischen — ist ins Handelsregister einzutragen ¹⁾. Dies hat auch dann zu geschehen, wenn bei der Erteilung fälschlicherweise kein Eintrag ins Register stattgefunden hat ²⁾, denn nur mit dem Eintrag der Löschung kann sich der Vertretene gutgläubigen Dritten gegenüber behaupten. Der Löschungseintrag ist eine Pflicht, der bei allen Endigungsgründen gleicherweise nachzukommen ist, jedoch ohne Angabe des Lösungsgrundes. Verpflichtet zur Vornahme dieser Eintragung ist der Geschäftsherr, sein gesetzlicher Stellvertreter oder seine Erben.

Die *nicht kaufmännische Prokura* wird in folgenden Fällen von Amtes wegen gelöscht:

1. Wenn der Vollmachtgeber in Konkurs gerät. Die Löschung hat zu erfolgen, sobald der Registerführer vom Konkurs Kenntnis erhält.
2. Wenn seit dem Tode des Vollmachtgebers ein Jahr verflossen ist, und die Erben nicht zur Löschung angehalten werden können.
3. Wenn der Prokurist gestorben ist, und der Vollmachtgeber nicht zur Löschung angehalten werden kann ³⁾.

Die *kaufmännische Prokura* wird im Gegensatz dazu nur auf Anmel-

¹⁷⁾ Fälle dieser Art: Pra 13 Nr. 76 S. 214; BGE 44 II 276; BIZR 29 Nr. 29 S. 71 ff.; Ruppert 12 und dort zit. RGZ Urteile.

¹⁾ OR 461.

²⁾ Es kann sich dabei nur um eine kaufmännische Prokura handeln, da eine nicht kaufmännische ohne Eintrag gar nicht entstehen kann.

³⁾ HRV 106.

derung gemäß OR 461 oder auf dem Wege des amtlichen Zwangsverfahrens gelöscht⁴⁾).

II. Wirkungen der Eintragung

1. Im Innenverhältnis

Im Innenverhältnis erlischt die Prokura mit dem Zugang des Widerrufs an den Prokuristen oder mit dem Bekanntwerden des Erlöschungsgrundes, spätestens aber mit dem Eintrag ins Handelsregister oder der Publikation im Handelsamtsblatt. Entscheidend ist somit schon der Zugang der Widerrufserklärung an den Prokuristen, eine tatsächliche Kenntnisaufnahme vom Widerruf ist für das Erlöschen der Prokura von keiner Bedeutung.

2. Im Außenverhältnis

a) *Gegenüber Gutgläubigen.* Gutgläubigen gegenüber erlischt die Prokura erst mit dem Eintrag der Löschung ins Handelsregister und ihrer Veröffentlichung im Handelsamtsblatt. Diese Lösung wird durch die positive Publizitätswirkung der Handelsregistereinträge nahegelegt. Wird somit ein entsprechender Eintrag im Handelsregister unterlassen, so kann sich der Prinzipal gegenüber gutgläubigen Dritten nicht auf den Entzug der Vertretungsmacht des Prokuristen berufen.

b) *Gegenüber Bösgläubigen.* Bösgläubigen gegenüber erlischt hingegen die Prokura möglicherweise schon vor dem Handelsregistereintrag, nämlich mit der Kenntnis des Erlöschungsgrundes. Diese Kenntnis kann der Dritte durch direkte Mitteilung — Inserat, Brief — erhalten haben, oder er hat aus den Umständen notwendigerweise auf den veränderten Tatbestand schließen müssen. Eine Erkundigungspflicht kann ihm allerdings nicht zugemutet werden.

⁴⁾ Vgl. dazu His Art. 938 N 31.

Lebenslauf

Am 22.7.1926 wurde ich in Zürich geboren. In Küsnacht besuchte ich sechs Jahre die Primarschule. Nach drei Jahren Realgymnasium in Zürich trat ich in die kantonale Handelsschule über und beendete diese im Frühling 1946 mit dem Handelsdiplom. Darauf bereitete ich mich am Institut Minerva auf die Handelsmatura vor, die ich im Frühling 1947 an der Universität Zürich ablegte. Im Herbst 1947 immatrikulierte ich mich dort an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät. Meine Studien wurden durch häufigen Militärdienst unterbrochen. Am 8. Mai 1954 bestand ich das Schlußexamen.

